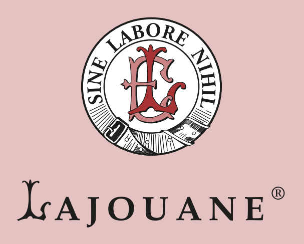
Reno Feitosa Gondim

Profesor de Filosofía del Derecho y Proceso Penal
Universidad Regional do Cariri - URCA

Epistemología Cuántica y Derecho Penal

Prólogo
Javier Ignacio Baños



Lajouane®

Ediciones LAJOUANE®

El autor

Reno Feitosa Gondim es Profesor de Filosofía Jurídica en el Curso de Derecho de la Universidad Regional de Cariri (URCA) en Crato / Brasil. Graduado en Derecho en URCA, Especialista en Derechos Humanos en URCA, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales en UMSA en Buenos Aires, Post Doctor en Ciencias Jurídicas en UNLAM en Buenos Aires. Miembro de La Academia Brasileira de Cultura Jurídica (ABCJuris). Presidente de la Subsección del Ordem dos Advogados do Brasil - OAB en Crato / Ceará.

Otras publicaciones del autor, en Brasil y Europa

- *Epistemologia Quântica e Direito Penal* (2005);
- *Teoria Geral do Direito Penal Vol. I* (2008);
- *Crítica da Historicidade Jurídico - Penal* (2009);
- *Culpabilidade Jurídico - Penal sob a Perspectiva da Fenomenologia Existencial* (2013);
- *O Problema da Sucessão Teórica na Ciência Jurídico - Penal* (2016);
- *Epistemologia Jurídico - Penal Pós - Moderna* (2018).

EPISTEMOLOGÍA CUÁNTICA
Y DERECHO PENAL

Reno Feitosa Gondim

Profesor de Filosofía del
Derecho y Proceso Penal
Universidad Regional do Cariri - URCA

Epistemología Cuántica
y
Derecho Penal

Prólogo
Javier Ignacio Baños



LAJOUANE®

1ª Edición: Julio de 2021

FEITOSA GONDIM, RENO
Epistemología Cuántica y Derecho Penal / Reno Feitosa Gondim. 1ª edición ebook - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Lajouane, 2020.
247 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-950-9580-67-1

1. Derecho Penal. I. Título.

México 1448, (C1097ABD) Ciudad de Buenos Aires
Tel. fax: (54-11) 4373-8793/8968
www.lajouane.com
E-mail: info@lajouane.com
Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Libro de edición argentina.



A mis hijos Agnis, Isis y Edge.

ÍNDICE

PRÓLOGO

JAVIER IGNACIO BAÑOS[1]

Agradezco al profesor RENO FEITOSA GONDIM, que me haya permitido prologar este invalorable trabajo sobre epistemología cuántica y derecho penal que constituye, sin lugar a dudas, un valiosísimo aporte a la tan sensible problemática del derecho penal, cuando se pretende que éste tenga un contenido y un fundamento sólido en la filosofía jurídica.

El tema de la obra que presentamos no sólo es de gran relevancia para la discusión actual en torno al problema de la culpabilidad jurídico-penal, sino que hace directamente a la legitimación propia del sistema punitivo, que es sostenida –en la mayoría de los autores modernos– en fundamentaciones empíricas harto discutibles y endebles.

Y es que parafraseando al profesor FERNANDO BUJÁN, co-catedrático de la Universidad Nacional de José C Paz, "no deben construirse imputaciones en base a la causalidad, sino antes bien, en criterios normativos" ejemplo de lo cual, nos presta en abundancia el fenómeno de la física cuántica, tan finamente abordado por RENO FEITOSA GONDIM en cuanto se cuestiona la infalibilidad del principio de causalidad física desde la perspectiva de la física cuántica y de la fenomenología existencial.

En una histórica conferencia, cuyo tema fue la intuición filosófica, dijo BERGSON que los grandes sistemas filosóficos, se articulan todos, sin excepción, en torno de una o muy pocas intuiciones originales sobre el hombre o el universo."[2]

1 Catedrático de derecho penal de la Universidad Nacional de José C. Paz conjuntamente con al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni.

2 ANTONIO GOMEZ ROBLEDO en su "Introducción a la versión española de la Etica nicomaquea", de. Porrúa, Mexico, DF, 1997, pág. XV.

Todo el resto –agrega LOPEZ ROBLEDO en su introducción a la versión española de la Etica Nicomaquea que publica en México la prestigiosa Editorial Porrúa– todo lo que va más allá de esta intuición genial de los grandes pensadores, es "corteza dialéctica o floración argumentativa, que bien puede marchitarse o caducar"[3] pero lo que permanece indemne es siempre esta intuición fundamental.

"BERGSON sostiene que así ha ocurrido con todos los grandes filósofos"[4] y de nuestra parte –parafraseando al traductor de Aristóteles– no vemos cómo podríamos disociar de este dictamen, a uno de los juristas más relevantes del derecho penal brasilero contemporáneo, que es el profesor RENO FEITOSA GONDIM. Y por eso, desde este prólogo, queremos recalcar la profundidad de la obra del libro que hoy el lector tiene en sus manos.

"Todas las obras de un espíritu equilibrado" –dice Sertillanges–, no deberían ser otra cosa que los desenvolvimientos de un pensamiento único, de un sentimiento de la vida que busca sus formas y sus aplicaciones."[5]

Y Sertillanges, al igual que ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO en su introducción a la obra aristotélica, cita también a BERGSON: "Un filósofo digno de ese nombre" –evidentemente RENO FEITOSA GONDIM lo es– "nunca ha dicho más que una sola cosa"[6]:

"Cabar siempre el mismo pozo, es el sólo medio para descender a lo profundo y para robarle los secretos a la tierra."[7]

"Poco a poco se descubrirán los vínculos esenciales, y en esto consiste ante todo el secreto de las obras valiosas. El valor no consiste en la multiplicidad, sino en las relaciones de algunos elementos que gobiernan todo el caso, o todo el ser, que le imponen su ley y por lo tanto le permiten la creación original, la obra de realce y de trascendencia real."

"Algunos hechos bien elegidos o algunas ideas sólidas, digo sólidas por su coherencia y sus encadenamientos más que por su tenor, son materia suficiente para una producción genial."

[3] GÓMEZ ROBLEDO, A., ibídem.
[4] GÓMEZ ROBLEDO, A., ibídem.
[5] SERTILLANGES, A. D., (de la Academida de Ciencias Morales y Políticas de Paris), en "La vida intelectual", Librería Editorial Santa Catalina, Bs.As., 1942.
[6] SERTILLANGES, A.D., ibidem, pág. 147.
[7] SERTILLANGES, A.D., ibídem, pág. 148.

"Todo el arte de los grandes consistió en dirigir bien sus investigaciones y centrar bien sus trabajos, siguiendo su ejemplo, cada uno debe tentar lo mismo a fin de alcanzar su objeto."[8]

RENO FEITOSA GONDIM, lo ha advertido con maestría genial, y vamos a decirlo sin ninguna ambigüedad:

"La imputación penal cuántica, no induce la responsabilidad penal concedida por la consideración exclusiva de los actos de la naturaleza, pese a que el acontecimiento le sea indispensable, incluso por la perspectiva de la ofensa [...] Con todo, ella se propone el establecimiento de criterios normativos objetivos que sean legítimos para la determinación del alcance de la responsabilidad penal total (objetiva, subjetiva y normativa)."

En esta oportunidad, el profesor RENO FEITOSA GONDIM, dando renovadas muestras de su vocación de generar y transmitir conocimientos a futuros jurísitas comprometidos con las garantías individuales en el estado de derecho, aborda los intrincados problemas de la filosofía de la causalidad física y nos introduce, de manera genial en los laberintos del nuevo paradigma del derecho penal cuántico y en la naturaleza jurídica de la imputación objetiva.

"Reconociendo la diferencia entre causalidad e imputación, y que la primera es portadora de indeterminación (principio de incerteza de HEISENBERG) como problema intrínseco, es posible consignar qué –escribe magistralmente nuestro autor– por el desarrollo de las tantas teorías que se sucedieron en la tentativa de ofrecer respuestas al problema, el futuro del derecho penal será marcado por la mayor autonomía de la imputación frente a la causalidad [debido a] criterios objetivos."

Así como a nivel sub atómico, nos enseñan los físicos que las partículas se comportan de manera diferente a las leyes causales, las teorías que se abordan en este estudio ofrecen posibilidades de cuestionamiento que van más allá de las usualmente abordadas por la doctrina dominante, pues la obra de FEITOSA GONDIM abarca aspectos muy complejos de la filosofía jurídica y del derecho penal que van desde la imputación de la conducta hasta el dominio del hecho y el resultado delictivo "cuantitativo".

La dificultad para el hallazgo de parámetros que permitan calcular la magnitud del injusto desde una perspectiva fenomenológica

[8] SERTILLANGES, A.D., ibídem, pág. 148.

existencial, lo que nos recuerda el título de la tesis doctoral de nuestro prologado ("Culpabilidd jurídico-penal": 2013) le ha permitido al autor, la búsqueda incesante de criterios lógicos que posibiliten, al menos limitar la arbitrariedad de las discusiones dogmáticas que pueden conllevar a inevitables cercenamientos de derechos individuales. Las interpretaciones y las tesis de Feitosa Gondim, superan con holgura cualquier test de logicidad y resultan harto compatibles con los principios dogmáticos del derecho penal contemporáneo.

La decisión de integrar la obra con capítulos que abordan los problemas de la "conducta delictiva caótica"; "la prohibición de regreso *ad infinitum* objetiva" y el "dominio del hecho en el concurso del agente", constituye un indiscutido acierto por parte de su autor, no sólo por la trascendencia de los tópicos analizados sino por la profundidad y la perspectiva novedosa de la investigación.

Una vez más, Reno Feitosa Gondim, pone a disposición de los lectores de habla castellana, toda su capacidad de jurista y filósofo del derecho, en un texto arduo pero esquicito, que refleja su reconocido saber del derecho penal y de la criminología, fruto no solamente de su destacada formación académica sino también de su dilatada trayectoria como consagrado publicista.

En este sentido se arriesga Feitosa Gondim cuando señala que "la filosofía del derecho no puede esquivar reconocer que con la ascensión de la burguesía al poder político, surge el paradigma científico del positivismo jurídico" y cuando con palabras de Gastón Bachelard, destaca el "mito de la la modernidad" en el "progreso científico"; o cuando con cita de Pascal, nos ilustra sobre la finitud del hombre, sin perder esto de vista en ningún momento de su valiosa investigación:

"¿Qué es el hombre dentro de la naturaleza, al final? [transcribe Feitosa Gondim su cita de Pascal:] Nada en relación al infinito; todo en relación a la nada; un punto intermedio entre el todo y la nada. Infinitamente incapaz de comprender los extremos, tanto el fin de las cosas como su principio, se mantienen ocultos en un secreto impenetrable, y le es igualmente imposible ver la nada de donde salió y el infinito que lo envuelve..."

Y todavía agrega con cita de Popper: "el viejo ideal científico [...] del conocimiento absolutamente cierto, demostrable ... mostró ser un ídolo. La exigencia de la objetividad científica, vuelve inevitable que todo enunciado científico permanezca provisorio para siempre. El, en efecto, puede ser corroborado, pero toda

corroboración es relativa a otros enunciados que nuevamente, son provisorios.” (KARL POPER, “La lógica de la investigación científica”, citado por FEITOSA GONDIM).

Una vez más, las palabras de HERMANN HESSE parecen inevitables: “Correcto; tampoco en esta ciencia puedo creer, desgraciadamente” (El lobo estepario). Por eso, concluye nuestro autor con cita de GLEIK, que “los más ardientes defensores de la nueva ciencia llegan al punto de decir que la ciencia del siglo XX será recordada apenas por tres cosas: la relatividad, la mecánica cuántica y el caos” y siguiendo a JOSEPH FORD, destaca que la relatividad eliminó la ilusión *newtoniana* sobre el tiempo y el espacio; la teoría cuántica el sueño de un proceso controlable de mensuración y que “el caos elimina la fantasía *laplaciana* de la previsibilidad determinista”.

En definitiva y con palabras del autor, “hay una nueva perspectiva científica que precisa ser aplicada al derecho” y que “reclama urgentemente por nuevos medios de concretizar los anhelos populares de justicia y, si hay algún impedimento de la transformación reclamada, se trata exclusivamente de estorbo político y no de una cuestión epistemológica.”

Pues así como en el campo de la física, la causalidad ha sido puesta en crisis por la física cuántica, lo mismo en el derecho penal, máxime cuando se tiene en cuenta que nuestra disciplina científica, no sólo se ocupa de hechos pasados sino de hechos eventuales o futuros, como en el caso de las medidas de seguridad (donde directamente no se puede tener en cuenta ninguna causalidad).

Una vez más, como ya señaláramos en el prologo a la tesis doctoral del profesor FEITOSA GONDIM, éste prestigioso jurista ha sabido demostrar, con verdadera maestría y riguroso método científico, que el trabajo intelectual adquiere sentido y plena significación, cuando se hace el esfuerzo de pensar rigurosamente.

Por eso, nuevamente reitero que “todos los estudiosos del derecho debemos estar agradecidos al profesor RENO FEITOSA GONDIM por sus valiosísimos aportes al campo de la filosofía del derecho en general y al de la criminología y del derecho penal en particular.

Y también, una vez más, parafraseando a BACIGALUPO: “*el primer agradecido soy yo*.”

JAVIER IGNACIO BAÑOS

1. Consideraciones epistemológicas

1.1. *Breves observaciones históricas*

El conocimiento humano a respecto de si y del mundo circundante ha variado no solo conforme el momento histórico y las condiciones materiales de la sociedad como consecuencia del modo de producción de los bienes indispensables a su manutención, sino también se ha modificado por la instrumentalidad o método aplicable al objeto de las especulaciones, por el rigor lógico de sus formulaciones y por el lenguaje a través del cual expresa el entendimiento. Este panorama multifacético ha posibilitado las concomitancias de conclusiones diversas sobre el mismo objeto de estudio, en frente de los métodos alternativos utilizados en la construcción teórica, bien como de íconos y símbolos que crean una multiplicidad de entendimientos fragmentados que caracteriza el conocimiento humano moderno.

El hombre se ha expresado sobre la naturaleza (el mundo exterior) por medio de la filosofía, de las artes, de la religiosidad (o mística) y de la ciencia, existiendo etapas históricas en que estas cuatro ramas del conocimiento se aproximan y se separan, se atraen y se repelen, creando una visión holística o fragmentada de lo que se presenta como realidad.

En la historia del desarrollo de las especulaciones racionales que fundamentan el espíritu científico occidental, se observa que comienza en la Grecia clásica, con el acontecimiento del llamado 'milagro griego', en un momento en que ocurrió la confluencia de diversos factores de orden social, cultural, histórica y geográfica que permitieron el surgimiento de la filosofía que se proyectaba tanto sobre el mundo de la naturaleza como sobre el propio contexto de la vida humana.

La idea de verdad concebida por los antiguos griegos (*aletheia*), aún es la misma que inspira a los científicos de la modernidad y

deriva del entendimiento de que lo verdadero es forjado a través de la comprensión de las cosas en sí, de sus grandezas cualitativas y cuantitativas observables a través de una exención subjetiva por parte de quien realiza la especulación o experimentación.

Desde los llamados filósofos pre-socráticos que el ideal de racionalidad objetiva se impone sobre la observación de los fenómenos de la naturaleza que se constituye en la *physis* (naturaleza que brota y se manifiesta), donde concluye con propiedad, a partir de esa premisa, la profesora MAURA IGLÉSIAS que: "Durante todo el siglo VI a.C., fue sobre la *physis*, el mundo natural, que se ejerció sobre todo la especulación racional de los griegos. La filosofía nació como física, y los primeros filósofos fueron, acertadamente, también llamados físicos." [1]

Es interesante observar, junto a la citación arriba transcripta, notoriamente para el objetivo de esa pesquisa que se pretende realizar, que en el nacimiento del espíritu científico griego, la cualificación del sabio como físico o como filósofo representaba sinonimia, denotando que no se había establecido una dicotomía entre la especulación filosófica y la científica, que pasó a ser defendida públicamente durante la Edad Moderna.

Además, innegablemente, lo que hoy llamamos de ciencia, nació como filosofía de la física y de la matemática.

Actualmente, reconocido como el 'padre de la dialéctica', HERÁCLITO DE ÉFESO (cerca de 540-500 a.C.), según lo que permiten fragmentos y doxografía, ya defendía la movilidad y transformación incesante de todo lo que fluye en el universo, lo que es confirmado por la física moderna y, demostrando la validad de las observaciones filosóficas de antes, alimenta el espíritu del científico contemporáneo.

PLATÃO, CRÁTILO, p. 402 A (DK 22 A 6)

Heráclito dice en algún pasaje que todas las cosas se mueven y nada permanece inmóvil. Y, al comparar los seres con la corriente de un río, afirma que no podría entrar dos veces en el mismo río (cf. fragmento 91,12). – Aécio, I, 23, 7: Heráclito retira del universo la tranquilidad y la estabilidad, pues es propio de los muertos; y

[1] IGLÉSIAS, Maura. "Pré-socráticos: Físicos e Sofistas"; *in*: REZENDE, Antonio (Org.). "Curso de Filosofia". 5ª ed. Río de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1992. p.18.

atribuye movimiento a todos los seres, eterno a los eternos, perecedero a los perecederos. [2]

No existiendo distinción entre el filosófico y el científico, de una forma general, los pensadores griegos se entregaron a la especulación objetiva sobre la *meteorología* (fenómenos climáticos), la *cosmología* (actividad descriptiva del funcionamiento universal) y la *cosmogonía* (especulaciones sobre el origen del cosmos).

Con todo, y mismo con relación al principio del movimiento de los cuerpos en el espacio había unanimidad entre los griegos, puesto que PARMÉNIDES (cerca de 530-460 a.C.) pregonaba la inmovilidad e inalterabilidad del ser, idea también defendida por PLATÓN (428 o 427-348 o 347 a.C.), contradiciendo las proposiciones dialécticas de HERÁCLITO en cuanto al movimiento incesante y contradictorio de todo lo que se manifiesta.

Mientras tanto, en medio al enmarañado filosófico de la Grecia clásica, fue ARISTÓTELES (384-322 a.C.) quien desarrolló un profundo trabajo especulativo sobre el movimiento, la causalidad, el accidente y el reposo en el universo, bien como el concepto de potencia y acto, a través de las obras eternamente citadas y copiadas en el transcurrir de la historia: *Física* y *Metafísica*.

El surgimiento de la especulación objetiva y rigurosa entre los griegos creo el punto de diferenciación entre lo que es ciencia (*episteme*) y lo que es opinión o sentido común (*doxa*), siendo esta última el pensamiento puramente subjetivo y no-reflexivo sujeto a la instabilidad de los acontecimientos al cual el sujeto está sometido en el mundo.

La herencia que los filósofos griegos dejan al conocimiento científico, es la elaboración lógica del raciocinio, la objetividad, el rigor de las proposiciones, además del fermento para las dos grandes escuelas, *racionalista* y *empirista*, que fundamentaron el debate científico y filosófico hasta los fines del siglo XIX, momento en que la física, una vez más, promovió la revolución del pensamiento humano.

La historia del pensamiento occidental se prende al origen griego, entre otros motivos, por la contribución de PLATÓN para el *racionalismo*, o racionalidad innata, y la de ARISTÓTELES para el *empirismo*, o adquisición del conocimiento por los datos sensoriales. A partir de esos dos filósofos, los pensadores subsecuentes

[2] HERÁCLITO DE ÉFESO. "Pré-socráticos: Fragmentos, Doxografia e Comentários." Coleção "Os Pensadores". San Pablo – SP: Nova Cultural. 1999. p.85

trabaron la histórica discusión fundada en la dicotomía del *racionalismo* y del *empirismo*, hasta que IMMANUEL KANT (1724-1804) trabajase profundamente para la superación de la contradicción aparente a menudo debelada por los filósofos. Es por este dato, dentro de otros pormenores, que varios estudiosos defienden que la filosofía moderna es una repetición fragmentada y redundante de los postulados de la filosofía griega clásica.

La ciencia, como la conocemos actualmente, es brote de las tendencias filosóficas de la Edad Moderna, que en reacción al mundo medieval ya en franca y profunda decadencia, pretendía establecer un mecanismo de entendimiento del mundo sin la interferencia de la religión institucionalizada en la Europa hasta entonces, que sobrepasaba sus postulados dogmáticos a todas las tentativas de establecimiento de un conocimiento que no tuviese por principio y fundamento la imagen de Dios, tal cual Él era entendido en la época.

Buscando el alejamiento del llamado *sensus communis* que estigmatizo la sociedad medieval, la ciencia moderna representa y reproduce aquel mismo ideal griego de saber rigoroso, sistemático y objetivo, destinado para la formulación teórica sobre un determinado objeto, con la utilización de un método teleológicamente adecuado al que se propone, mediante la experimentación.

En este contexto de la búsqueda por el conocimiento objetivo, la experimentación se destaca por representar la intervención del científico en el curso natural del universo, para, mediante el control de las características de un dato objeto destacado del todo, buscar el entendimiento de esa cosa en sí, o sea, buscar la verdad (*aletheia*) sobre la cosa en sí, como propagaban los pensadores de la Grecia clásica.

Ese Cientificismo moderno surge con el profesor italiano GALILEO GALILEI (1564-1642 d.C.), ilustre defensor de la experimentación y del método inductivo para la comprensión de la cosa en si (*ex parte rey*), una vez más con los estudios de la física, de la geometría y la observación del movimiento de los cuerpos celestes, esposando aún la idoneidad de ese conocimiento objetivo para el estabelecimiento de la verdad:

(...) alguien que quiera persuadirnos a respecto de una cosa sino falsa, al menos dudosa, lleva una gran ventaja en utilizar argumentos probables, hipotéticos, ejemplos verosímiles, sofismas, basándose y escondiéndose atrás de textos muy claros, atrás de la

autoridad de otros filósofos, de naturalistas, de retóricos, de historiadores. Sino presentar rigorosas demonstraciones geométricas es peligroso además para aquel que no las sabe utilizar bien. [3]

Estas palabras de GALILEO, fundadas en sus estudios y experimentaciones empíricas, sirven para demostrar a menudo que la propia noción de cientificidad, en cualquier época, está íntimamente ligada a las leyes y a los procedimientos aplicados y formulados por la física, conforme su idoneidad para fornecer el paradigma científico en cada momento histórico.

Mismo entre tantas teorías y proposiciones filosóficas y especulativas que brotaron en la edad de las luces, la concepción del saber científico en los moldes modernos quedó dividido en dos escuelas fundamentales (aún resultantes de la herencia filosófica griega), la *racionalista* que se apoya en el método deductivo para la formulación de postulados y axiomas a ser aplicados, y la *empirista* que reconoce en el método inductivo el instrumento para la construcción de un conocimiento objetivo e imparcial, derivado de la experimentación de fenómenos sometidos a control por el científico.

Ambas escuelas proponían la búsqueda de la verdad real, mismo que partiendo de premisas y caminos diferentes, con todo teniendo la verdad como objetivo realizable al hombre a través del uso de la razón, lo que de cierta forma inspiró la creación de teorías científicas que se acreditaban imbatibles e inderogables por el transcurso del tiempo. Se cree, delante de ese cuadro de optimismo exacerbado concebido hasta mediados del siglo XIX, que la sociedad humana habría alcanzado el máximo de su desarrollo intelectual, o por lo menos el instrumental necesario a tal finalidad.

El reflejo de este pensamiento conducido en la 'verdad absoluta' alcanzable por la racionalidad humana, resultado del paradigma científico iluminista, produjo, más adelante un poco, en la ciencia del derecho a la defensa apasionada del derecho puro por los jusfilósofos neokantianos que creían haber alcanzado un paradigma jurídico inmutable en el espacio y en el tiempo (KELSEN, STAMMLER).

Con todo, en sede de ciencia jurídica, notoriamente en la nutrida por el cientificismo iluminista, varias ponderaciones *ex radice* pueden ser formuladas en frente de la Teoría del Derecho Puro: desdoblamientos filosóficos destinados exclusivamente para

[3] GALILEI, Galileu. "O Ensaiador". Coleção "Os Pensadores". San Pablo – SP: Nova Cultural. 1999. p.137/138

el pensamiento formal en detrimento del contenido material del derecho; el distanciamiento que el derecho asume del pueblo, de la ética, de la cultura y de la aspiración de justicia; el mensaje subyacente de la europeización del mundo, con la defensa de la supremacía del pensamiento europeo sobre los países colonizados.

Así mismo, la filosofía del derecho no puede esquivar de reconocer que con la ascensión de la burguesía al poder político estatal surge el paradigma científico del Positivismo Jurídico, donde la ciencia del derecho queda aprisionada a la herencia del dogmatismo escolástico medieval resucitado para que no escape al objetivo burgués que en adelante es el responsable por la edición de las leyes del Estado moderno pos-revolucionario.

Con efecto, junto a esas breves ponderaciones sobre la ciencia del derecho, la cientificidad *lato sensu* no ha destinado su foco de actuación exclusivamente para el entendimiento de los fenómenos de la naturaleza, pues, efectivamente, el hombre también destina sus atenciones para su propia condición, sea individualmente considerado o en las relaciones intersubjetivas que se establecen en el seno de la convivencia social, notoriamente por el hecho de que los métodos científicos pueden ser aplicados a cualquier objeto pasible de individualización y comprensión.

Así, mismo que haya una amplia variedad de clasificación de las ciencias, de acuerdo con el autor que la establece, se aplicará al próximo paso del presente estudio la división de la ciencia (*lato sensu*) en ciencias de la naturaleza y ciencias humanas.

1.2. Ciencias de la naturaleza y ciencias humanas

La clasificación de las ciencias se puede diversificar conforme el autor que establece los criterios para tal fin de catalogación, con todo, aquí será llevada a cabo la división epistemológica entre las ramas científicas que tienen por objeto de investigación la naturaleza, más específicamente los fenómenos físicos de las cosas (*corpus*) que componen el mundo manifestado, y los que tienen por objeto el hombre, sea individualmente considerado en sus actuaciones psicosomáticas, o en el desarrollo de su vida cotidiana en sociedad.

Todavía, es de buen arbitrio considerar que no es solo la Física que es ciencia de la naturaleza, entre otras, la Biología, por ejemplo, es una ciencia que estudia la naturaleza con relación específica al fenómeno de la vida (*bios*).

El gran impulso para el desarrollo de la Física fue la observación del movimiento de los cuerpos en el espacio, pues desde las ponderaciones filosóficas griegas a respecto de la *meteorología*, de la *cosmología* y de la *cosmogonía* que el hombre procura entender los mecanismos de actuación del universo, para que sea posible establecer un nexo de causalidad mecánica que permita el entendimiento de hechos pretéritos, como también la relación de probabilidad de ocurrencia de los hechos futuros.

Incluso grandes pensadores y científicos que no discrepaban de la capacidad de comprensión del conocimiento humano sobre la teoría de la causalidad mecánica absoluta de la Física moderna, como BLAISE PASCAL (1623-1662), GOTTFRIED LEIBNIZ (1646-1716) e ISAAC NEWTON (1642-1727), reconocían en cuanto al futuro, la existencia de un margen de probabilidad de los acontecimientos, sino que esta probabilidad representaba una hipótesis racional que negaba la posibilidad del acaso en el universo, como sustentaron otros pensadores. La probabilidad, en esa perspectiva, representa la previsión matemática de un resultado cuando se conocen las premisas que operan en ese 'juego de datos', como, por ejemplo, el número de datos lanzados por el número de apostadores otorga una probabilidad mensurable del acierto (evento futuro e incierto).

Hay, en esa concepción una 'previsibilidad determinista' como defendió el astrónomo y físico francés PIERRE S. LAPLACE (1749-1827), lo que reducía el universo a las especulaciones racionalistas de cualquier hombre mediano que pudiese pensar de probabilidades numéricamente pre-determinadas aplicadas a los acontecimientos de la naturaleza. [4]

Por otro lado, la teoría que defiende la existencia del acaso en el universo, o sea, la ocurrencia de un efecto libre de causa anterior determinante, sirvió para la construcción de filosofías ateístas que atribuían al acaso la *Cosmogonía*, negando la posibilidad de un creador que antecediese la existencia, siendo el proprio acaso la primera razón de la manifestación del cosmos.

Para, además de un determinismo absoluto de los desdoblamientos causales, hay, en este sentido, hipótesis que se presentan sobre probabilidades matemáticas que no alejan el mundo del *corpus* de la racionalidad humana.

[4] PIERRE SIMON LAPLACE foi ministro de Napoleão Bonaparte e autor dos estudos intitulados "Tratado de Mecânica Celeste" e "Teoria Analítica das Probabilidades".

Así, las ciencias de la naturaleza otorgan un suporte estadístico para el desarrollo del conocimiento humano que actúa sobre otras variables científicas, culturales y sociales, inclusive. La propia idea de cientificidad *lato senso*, como ya consignado, está íntimamente ligada a los métodos, padrones, rigores, postulados y leyes de la Física.

Como reflejo del paradigma científico de la Edad Moderna, el debate fomentado por la teoría física del determinismo mecánico absoluto de la causalidad natural se hace sentir hasta los días actuales en el derecho penal, cuando se trata de evaluar si es posible al hombre desarrollar una acción con voluntad libre y consciente, o si siempre actúa motivado por fuerza exterior (*determinatio pure extrinseca*), lo que en última instancia representaría la total irresponsabilidad penal o la injusta aplicación de la sanción penal condenatoria.

El reciente surgimiento de las ciencias humanas (y en ese rol se incluye la Ciencia del Derecho) en el mundo moderno, está cargado del sentido de certeza y exactitud que la Física, la Geometría y la Matemática imponían al conocimiento objetivo, otorgando los instrumentos lógicos para que la racionalidad destinada al estudio del humano se pudiese fijar como conocimiento verdaderamente científico, lo que en adelante es requisito para la aceptación pública de cualquier postulado teórico.

En un reflejo de este contexto de dependencia epistemológica que marca la génesis de las *humanas*, fue que, mismo reconociendo que hay una distinción entre ciencia de la naturaleza y ciencia humana, HANS KELSEN (1881-1973) en su 'Teoría Pura del Derecho', defiende que la ciencia jurídica no se debe distanciar de la naturaleza, pues esta última otorga el substrato instrumental básico para que el dato social pueda ser comprendido con pureza:

En la medida en que una ciencia que describe y explica por esta forma la conducta humana sea, por tener como objeto la conducta de los hombres unos en frente de los otros, calificada de ciencia social, tal ciencia social no puede ser esencialmente distinta de las ciencias naturales. [5]

Esta comprensión de que hay una división entre ciencia de la naturaleza y humana (*Sofista*) resulta de la dicotomía entre

[5] KELSEN, Hans. "Teoria Pura do Direito". Tradução de João Baptista Machado. San Pablo: Martins Fontes. 2000. p.85

materia y espíritu realizada primordialmente por Platón, y llevada al extremo por René Descartes (1596-1650) al separar la naturaleza (*res extensa*) del alma (*res cogitans*), creando la idea de mundos distintos para ambos.

De cierta forma, toda ciencia es humana si partimos de la concepción subjetiva de que es el hombre quien la articula, mientras tanto, lo que hoy es considerado como ciencia humana resulta de la clasificación que se hace en cuanto a su objeto de estudio, revelando que el abandono de la subjetividad de quien aplica los experimentos (reivindicación que remonta a los filósofos griegos clásicos) para la valorización de la cosa estudiada *per si*, representa la real concepción epistemológica de lo que venga a ser conocimiento objetivo. Así, se acredita que, en la verificación del resultado experimental, deberá este ser siempre el mismo, no importando quien haya llevado a efecto los mecanismos de la pesquisa.

Con todo, una de las conjeturas que se levantó para la crítica a las ciencias humanas dem sde su nacimiento, en frente de sus anhelos de autonomía metodológica en contra a las ciencias de la naturaleza, fue justamente el hecho de que el científico está destinado a sus especulaciones sobre sí mismo, sea por la *introspección* o pela *experimentación*, haciendo de la subjetividad un medio y un fin de la pesquisa científica.

La propia conceptuación de la objetividad, hasta los días actuales, aún no es muy clara, pues cuando el hombre lanza una locución o una noción sobre un determinado fenómeno de la naturaleza, se hace realizar la expresión de su propia subjetividad, de modo que el fundamento de las divergencias sobre la cientificidad del mundo humano como objeto de especulación científica es un revuelo en nociones confusas y poco claras.

Véase además, en cuanto a la objetividad científica, que hasta mismo en la Física contemporánea hay un ejercicio *a priori* de Filosofía que es llevado a efecto antes de realizarse la experiencia propiamente dicha, notoriamente por la exigencia de un raciocinio abstracto que la Física actual implementa en sus conclusiones, siendo ejemplo de ese intercambio, la Geometría no-euclidiana del matemático alemán Georg Friedrich Riemann (1826-1866), también conocida como ‘geometría del espacio curvo’, concebida en 1854 como una teoría sin preocupación con el concepto de lo ‘real’ dominante hasta entonces (y mismo sin tener una finalidad específica), sino que sirvió como uno de los presupuestos para

el desarrollo de la 'Teoría de la Relatividad' de ALBERT EINSTEIN (1879-1955).

La Geometría no-euclidiana no representa la superación o decreto de inaplicabilidad de la Geometría plana desarrollada por EUCLIDES en el siglo III a.C., pues ambas se muestran válidas, todavía la nueva ciencia representa el rompimiento de sus *axiomas*, o sea, invoca el cuestionamiento de la noción de verdad evidente que permaneció intocada por más de veinte siglos.

El gran objetivo de esa observación relativa a la contestación de la Geometría euclidiana, no es la verificación de la validad del contenido material de los axiomas formulados por el geómetra griego, ni si las hipótesis que les son contradictorias traen algo de nuevo y revolucionario para la Geometría, pero sin dejar claro que el contenido más inquebrantable de la cientificidad, la verdad evidente e incuestionable, cuando fue puesta en estado de cuestionabilidad, permitió una nueva concepción de lo que venga a ser la verdad, o sea, una nueva perspectiva para el conocimiento humano. Se trata de un gran paso para la Filosofía de la Ciencia (*Epistemología*), con repercusión en todo el entendimiento del hombre y, en este contexto, para la ciencia del derecho, inclusive.

Este desarrollo de la Geometría contemporánea, al cuestionar algunos de los *axiomas* euclidianos, demuestra una virtud inexorable que las ciencias del espacio poseen, que es la capacidad de rompimiento con paradigmas científicos establecidos sin mayores revoluciones políticas, utilizándose apenas el discurso lógico-matemático. Esta virtud, las ciencias humanas sociales no poseen en uno mismo la ciencia del derecho.

No obstante la Física sea la ciencia a partir de la cual el ideal de conocimiento objetivo haya sido gestado, por cuestiones diversas, las ciencias humanas no se han mostrado correlativas a la evolución de los métodos y concepciones teóricas que la ciencia cuántica desarrolló en eses últimos tempos, lo que fue lamentado acertadamente por PONTES DE MIRANDA, principalmente en lo que se refiere a la ciencia del derecho, que podría nutrirse del nuevo paradigma para rever sus padrones vetustos, ya incapaces de resolver los problemas sociales que la contemporaneidad le impone: "*Quien recorre, de un lado, los progresos y conquistas de las ciencias físicas y, de otro lado, los de las ciencias sociales, no puede dejar de entristecerse. El*

derecho continuó a ser elaborado y explicado según los métodos de los tiempos romanos y de la Edad Media." [6]

Con relación específicamente a la ciencia del derecho, gran parte de la doctrina afirma la existencia de axiomas en el mundo jurídico, mismo luego de la propia noción de axioma ser revista en las ciencias de la naturaleza (su verdadero nacimiento y fundamento metodológico), notoriamente en relación a la aplicación actual del derecho romano clásico, y los entrevés a la Justicia Social, que de cuño político liberal-burgués, fueron impuestos al derecho privado a partir de la revolución francesa. Todavía, esta defensa de la existencia de contenido incuestionable en la ciencia del derecho se da por cuestiones políticas, de control social y dominación de clase, y no por una necesidad intrínseca de la materia jurídica.

En la ciencia jurídica brasileña, actualmente se puede observar sin mayores dificultades metodológicas, dos paradigmas científicos actuando concomitantemente, generando un conflicto interno al sistema, que de cierta forma reproduce el conflicto social en la academia y la *praxis* jurídicas. De una banda, existe la doctrina estructuralmente esposada en las premisas conceptuales y metodológicas concebidas en los siglos XVIII y XIX, y que representan, sin mayores estratagemas, la 'obsesión' por la manutención supuestamente atemporal y sin compromisos de los fundamentos de la ideología liberal-burguesa de la Edad Moderna. De otro lado, existe un incansable (y casi quijotesco) trabajo intelectual y doctrinario tendiente a aplicar en la ciencia del derecho, las premisas y los fundamentos metodológicos del nuevo paradigma científico gestado en el siglo XX, a partir de una epistemología relativista, mutable, históricamente situada y probabilística.

Observando este conflicto interno de la ciencia jurídica, entre el viejo y el nuevo modelo, es importante ponderar las palabras del naturalista ingles Wallace, citado por Pontes de Miranda, que luego de verificar el magnífico desempeño de las ciencias de la naturaleza aseguró que "nuestros sistemas de gobierno, de justicia administrativa, de educación nacional y toda nuestra organización social y moral aún se encuentra en estado de barbarie." [7]

[6] Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. "Sistema de Ciência Positiva do Direito". tomo I. atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas - SP: Bookseller. 2000. p.59

[7] Pontes de Miranda, Francisco C.. "*Sistema de Ciência Positiva ...*" p.59.

La ciencia del derecho, se ha alimentado apenas del modelo formal del método de las ciencias primarias, incluso de la certeza obvia (*axioma*) y de la causalidad rectilínea de ISAAC NEWTON, pero a partir del momento en que la Física asfixió la verdad absoluta (lo que en la ciencia jurídica equivaldría a la existencia de valores absolutos tutelables por el derecho privado, *ad exemplum* el derecho de propiedad privada liberal, absoluto, abstracto e individualista; o mismo, en derecho penal, el valor absoluto del desdoblamiento naturalista del delito como criterio axiomático para determinar la imputación penal) y lo pretenso orden claro y evidente de los fenómenos mecánicos universales, la ciencia del derecho se cerró en un 'universo-ombligo', quedando atrapada hasta mismo la Escolástica Medieval, esta, anterior a la propia eclosión de la Modernidad. Así, como tentativa frustrada de estancarse la historia y como manifestación del espíritu anticientífico, es de considerarse que no se debe ver como mero acaso el hecho del derecho privado vigente, y parte de su respectiva doctrina, tener por base fundamental la sociedad esclavista del Imperio Romano y la Escolástica Medieval, paradigmas anacrónicos en franca decrepitud.

La ciencia del derecho "es la última hermana sobreviviente de la escolástica" dice LUDWIG KUHLENBECK, también citado por PONTES DE MIRANDA. [8]

Es gracias a la Escolástica Medieval que aún hoy hay quien defienda el *Principio de la Autoridad* en la ciencia jurídica, pues siendo el propio fundamento de la idea de dogmática jurídica, sustenta que existen en la ley y consecuentemente en el derecho, determinados contenidos intocables, que deben ser seguidos ciegamente, sin cuestionamientos (*axiomas jurídicos*).

Las consecuencias de la aplicación del principio de la autoridad en la ciencia del derecho son nefastas: la pereza mental de los juristas; la supremacía del legislativo sobre el judiciario, relativizando su autonomía político-constitucional en el momento de la fundamentación de sus actos típicos; además de la tentativa de perpetuidad del modelo jurídico liberal-burgués del siglo XIX.

En la ciencia jurídica, hasta mismo por la simple percepción de la mutabilidad de los valores tutelables por el derecho en el transcurso de la historia, apenas un axioma tiene posibilidad de

[8] *Idem, Ibidem.*

prevalecer, aquel según el cual todo en derecho es relativo, por lo tanto, cuestionable. El propio conflicto que sirve de campo para el desarrollo de la judicialidad requiere una re-elaboración constante del derecho, en cuanto ciencia y en cuanto arte, mismo cuando el juez labora con base en una ley que hace tiempo se sustenta en el ordenamiento jurídico, y que eventualmente no encuentra más consonancia con los valores sociales de la actualidad.

No raras veces, se encuentran teorías ligadas a las ciencias del espíritu, adoptadas como tales, que no se coadunan con la condición humana (individual o socialmente considerada), travestidas en texto meticuloso, todavía con el objetivo subyacente de esconder lo que es verdaderamente importante y emancipador para el hombre. En este mundo moderno, la utilización política de las teorías científicas es un arma de dominación extremamente eficiente y ampliamente practicada para el sustentáculo del *establishment* social estratificado, mismo que colabore para el descrédito de la noción fundamental de cientificidad.

El hecho es que la ideología (en el sentido marxista) siempre permeo las ciencias, principalmente las humanas.

Sobre esta problemática de las ciencias *lato sensu* y la utilización política de sus experimentos, el profesor Paulo Dourado de Gusmão enseña sus ponderaciones para la Filosofía del Derecho, en los siguientes términos:

La ciencia, como saber puro, saber desinteresado, ciencia pura, no existe más –y mismo que el científico la tenga en vista, le falta recursos para dedicarse a ella– después de la segunda guerra mundial. La ciencia, desde entonces, se volvió instrumento del poder político y del poder económico. Esto, tal vez, por exigir la moderna pesquisa científica, gran suma de recursos y alta tecnología, que solo el Estado, las multinacionales o las grandes empresas pueden otorgar. Ahora, el otorgamiento de esos recursos está vinculado al interés. [9]

Históricamente, se puede identificar también otra característica de las *humanas* que le dificultó inicialmente la afirmación como conocimiento categórico autónomo pues, partiendo del período griego clásico se puede observar que el desarrollo de las especulaciones objetivas se destina exclusivamente para las ciencias de

[9] Gusmão, Paulo Dourado de. “Filosofia do Direito”. 1ª ed. Río de Janeiro: Forense. 1985. p.04/05

la naturaleza, lo que fue seguido por los pensadores y científicos de la Edad Moderna, de modo que cuando se desarrolló la idea de ciencia cuyo objeto de estudio es el propio hombre (fines del siglo XIX), se procuró formular sus leyes utilizando como instrumento los mismos métodos de las ciencias de la naturaleza, lo que le trajo una dependencia notoria.

De esa forma, muchas de las teorías desarrolladas por las ciencias del espíritu tienen por presupuesto los postulados de la Física, lo que, por otro lado, también revela la posibilidad de la superación de la dicotomía entre naturaleza física y alma o psique.

El propio RENÉ DESCARTES (1596-1650), desarrollando su comprensión de que el hombre es resultado de la unión del cuerpo con el alma, reconoce que el método científico se debe regresar para la naturaleza (*res extensa*) que inclusive domina la mecánica del cuerpo humano, al paso en que las cuestiones del alma (*res cogitans*) quedan a cabo de la Filosofía y de la Religión, creando la idea hasta hoy defendida por algunos de que, si hay algún Dios o inteligencia suprema, no interfiere en la mecánica de la naturaleza.

El humano es valorativo e inestable, lo que de cierta forma dificultó el desarrollo metodológico autónomo de las ciencias sociales y contribuyó para que los métodos de las ciencias de la naturaleza fuesen aplicados sin reservas, surgiendo con el apoyo del *Positivismo* de AUGUSTO COMTE (1798-1857), que propalaba la existencia de la 'Física Social' aplicable a la sociología. Esa tendencia de cuantificación del hecho social aplicada por las ciencias sociales germinadas en el Positivismo, y que revelan el ideario de que las *humanas* deben reflejarse en las ciencias de la naturaleza para adquirieren validad, es reconocida por el profesor ALBERTO OLIVA como 'Fisicalismo', o sea, como desdoblamiento de los padrones desarrollados por la Física con homogeneidad para expandirse sobre la totalidad del conocimiento científico: "El fisicalismo es el desdoblamiento lógico inevitable de la visión de que los complejos y sinuosos meandros de la vida mental y social son conocibles de la misma forma – por el empleo del mismo método – que el mundo natural". [10]

El positivismo es la esencia de la cientificidad burguesa posrevolucionaria, pues partiendo de la utilización de la noción de causas y leyes naturales a la sociedad humana, crea una concepción

[10] OLIVA, Alberto. "Filosofia da Ciência". Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003. p.63.

de sociedad estática o que se moviliza apenas en el sentido de alojamiento de fuerzas, inalterable por la voluntad del hombre, cuyo movimiento se asemeja a un reloj que posee piezas pequeñas y grandes que encajan perfectamente para dar un funcionamiento a la 'máquina social'. En su enunciado se encuentran mensajes de perfección, funcionalidad y eficiencia, lo que es desmentido por la historia en sus períodos revolucionarios. La comparación de la sociedad humana a un reloj de funcionamiento perfecto, atribuye y reconoce la existencia de una función social inclusive a la miseria (de cierto, su función es sentir la propia hambre), como si esta fuese un elemento natural e irremediable de la humanidad. Existe en el Positivismo un incansable deseo que el hombre y las clases, se acomoden a las desgracias sociales. [11]

La aplicación de esa 'física social' positivista a la Sociología (con consecuencias para el derecho) resulta en la implementación de procedimientos cuantitativos a los fenómenos sociales, reduciendo el mundo social a los números y sus movimientos a una causalidad absoluta que sofoca al hombre. Hay un rescate del pensamiento pitagórico según el cual 'todo es matemática', de modo que la sociedad humana debe ser entendida por la aplicación de métodos de mensuración originados en la Física. De ahí el posicionamiento de KELSEN ser profundamente positivista.

Nótese la defensa del cuantitativismo de origen positivista hecha por Pontes de Miranda, por su aplicación en las ciencias humanas:

En la sociología y, consecuentemente, en la ciencia del derecho, la intervención de métodos matemáticos, sobre todo en la parte económica, han conseguido admirables efectos. En el terreno que especialmente nos ocupa será cada vez más fácil la utilización de ellos, porque, a la proporción que somos simplificando el gobierno de los pueblos, subordinando el individuo al conjunto, y sometiendo la materia plástica al modelo que nos aconsejan la observación y las conclusiones científicas, más se volverá cuestión de cálculo la armonía social y la feliz coexistencia de los individuos. [12]

[11] La comparación de la sociedad con el reloj rindió al positivismo otros títulos como Organicismo y Funcionalismo, por reconocer una totalidad orgánica a la sociedad y una función a todos los entes y hombres que viven en aquella, con la aplicación de movimientos de acomodo, pero nunca de revolución.

[12] Pontes de Miranda, Francisco C. "*Sistema de Ciencia Positiva ...*" p.50.

En vista de esta citación transcripta de PONTES DE MIRANDA, se percibe que en la raíz del pensamiento positivista se encuentra el deseo de volver matemática la sociedad y al hombre, notoriamente por acreditar que es una 'cuestión de cálculo', la paz, la felicidad, la justicia y la esperanza humanas. Se acredita que reside en la mensuración del comportamiento humano los presupuestos para la efectividad del lema positivista del 'orden y progreso', máxima de un Estado de policía de ideología liberal, verdadera contrariedad al Estado social, que es el más legítimo deseo popular en Brasil (y en la América Latina).

Así, frente al método positivista, hay una innegable amalgama entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, notoriamente por la objetividad con que aquellas formulan sus leyes, y como estas leyes se imponen al mundo estrictamente humano, pues tienen se revelado como capaz de modificar la propia comprensión que el hombre tiene del mundo y consecuentemente de sí mismo.

Como ejemplo de esa ideología naturalista, do casamiento entre el positivismo de AUGUSTO CONTE y la teoría de la evolución de las especies de CHARLES DARWIN (1809-1882), surgió el *darwinismo social* como una doctrina política y sociológica gestada a partir de los estudios de Biología que comprobaban una competición por la vida entre los seres naturales, donde el más fuerte, más adaptado al medio, sobreviviría. Resulta el *darwinismo social* de la aplicación en la sociedad de esos postulados de la Biología de la Edad Moderna.

De esta forma, en frente del *darwinismo social*, los hechos de la riqueza y de la miseria en la sociedad, estarían ligados a la naturaleza y a la mayor o menor adaptación del hombre al medio social (de ahí mucha gente cree en la superioridad biológica de los propietarios de los medios de producción), por lo tanto, *a priori* establecidos e insuperables. Además de legitimar todo tipo de dominación y exploración social, sin mayores crisis de consciencia (ya que el darwinismo social ignora la existencia de la consciencia humana), esta pretensa teoría científica legitimó aún el proceso de colonización de los pueblos del mundo, patrocinada por los europeos, evidentemente considerados estos como el esencial de la humanidad (europeización del mundo). [13]

[13] "Los principales científicos sociales positivistas, combinando las concepciones organicistas y evolucionistas inspiradas en la perspectiva de Darwin, entendían que

En resumen, el *darwinismo social* representa la más elaborada perversión, teórica y práctica, ya legitimada por el cientificismo occidental.

Con sus perspicacia y erudición peculiares, PONTES DE MIRANDA, aunque defienda la cuantificación metodológica en las ciencias sociales, asegura la diversidad existente entre la conformación estructural de la sociedad y de la naturaleza, en cuyo vértice se asienta la consciencia humana y su reflejo en la construcción de los espacios sociales, pues, "el medio que esculpe la planta es menos complejo que aquel que esculpe el hombre. Esculpir es el termino más apropiado, porque el *yo* es materia-prima y en ella consisten y de ella dependen las diferencias individuales". [14]

Actualmente, sin embargo, del reconocimiento de la ligación histórica establecida entre estos ramos de la ciencia (de la naturaleza y humanas), grandes científicos y filósofos del siglo XX, defendieran la autonomía de *l*as *humanas* haciendo surgir un abanico de posibilidades de su desarrollo independiente, destacándose en ese menester la Fenomenología Existencial de MARTIN HEIDEGGER (1889-1976), responsable por la comprensión de la relatividad histórica del conocimiento humano, a adoptar que:

Justamente bajo el punto de vista de las ciencias, ningún dominio posee hegemonía sobre el otro, ni la naturaleza sobre la historia, ni esta sobre aquella. Ningún modo de tratamiento de los objetos supera los otros. Conocimientos matemáticos no son más rigorosos que los filosófico-históricos. La matemática posee apenas el carácter de "exactitud" y este no coincide con el rigor. Exigir de la historia exactitud seria chocar contra la idea del rigor específico de las ciencias del espíritu. [15]

Las ciencias, sean de la mecánica o del espíritu, se afirman por el rigor de su construcción teórica, lo que de cierta forma no

las sociedades tradicionales encontradas en África, de Asia, en América, y en Oceanía no eran sino "fósiles vivos", ejemplares de etapas anteriores, "primitivos", del pasado de la humanidad. Así, las sociedades más simples y de tecnología menos avanzada deberían evolucionar en dirección a niveles de mayor complejidad y progreso en la escala de la evolución social, hasta alcanzar el "tope": la sociedad industrial europea. (COSTA, Cristina. "Sociologia: introdução à ciência da sociedade". 2ª ed. San Pablo – SP: Moderna. 2001. p.49).

[14] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Introdução à Sociologia Geral". 2ª ed. Río de Janeiro - RJ: Forense. 1980. p.26.

[15] HEIDEGGER, Martin. "Conferências e Escritos Filosóficos." Coleção "Os Pensadores". San Pablo - SP: Nova Cultural. 1999. p.52.

las liberta definitivamente del mero discurso lógico o ideológico, haciendo nacer con mayor énfasis en las humanas las teorías que se basan exclusivamente en el discurso, dada la volatilidad de que es humano. Con todo, lo que es esencial percibir, es que la libertad metodológica que las ciencias humanas poseen no compromete sus formulaciones finales, *a contrario sensu* permite la afirmación de su autonomía. La propia ciencia de la historia reclama la aplicación de una metodología diferenciada, pues su objeto de especulación reside en un punto pretérito de la historia de la humanidad, al contrario de las ciencias de la naturaleza que permiten la reproducción de sus objetos en el presente, delante de si, bajo control previamente elaborado por el científico.

Las transformaciones por las cuales la ciencia pasó, de los fines del siglo XIX hasta los días actuales, posibilitaron la toma de postura autónoma de las *humanas*, notoriamente a través de la redefinición de los medios instrumentales para la búsqueda científica de la 'verdad' del mundo causal y del hombre, y si efectivamente esta verdad puede ser alcanzada por el Cientificismo.

Una vez más, en ese momento revolucionario de la historia humana, se presentó el papel preponderante de la Física como alabanza para la abertura de un nuevo modelo del entendimiento, con teorías que, buscando el espacio infinitamente grande (*cosmología*) y el infinitamente pequeño (*atomística*) romperán con el presupuesto científico de la verdad euclidiana, la mecánica newtoniana, y lanzaran por tierra la posibilidad de existencia de un 'imperativo categórico' pregonado por la Filosofía de IMMANUEL KANT (1724-1804), que alimentaron el espíritu científico hasta el siglo XIX, poniendo en duda, en adelante, lo que había de presupuesto y certeza en la actitud científica de entonces.

Se trató de una transformación de los pilares filosóficos que sustentaron la propia cientificidad, y no apenas de nuevas perspectivas teóricas acerca de los objetos definidos en un campo específico de una determinada ciencia.

Saliendo de una tendencia de rechazo apriorístico del conocimiento no-científico, bien como de la visión cada vez más fragmentada del mundo en frente del bies del conocimiento quebradizo, se comprende ahora la Filosofía como un conocimiento que impregna con más efectividad los departamentos del conocimiento científico, conjugada con la necesidad imperiosa de la multidisciplinaredad, implicando todo esto en la búsqueda por una cientificidad

holística, o por lo menos lo más ampliamente concebida, evidentemente sostenida por la idea (acertada, se diga de pasaje) de que hay un contenido común a todo el conocimiento humano, que permea la ciencia, el arte, la filosofía y la religión.

En este contexto innovador, se observa parte del bellísimo texto del magistrado y profesor MARCOS ROBERTO PEREIRA, citando aún BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *ipsis literis*:

No se trata de fenómeno aislado, forma parte de un movimiento de vocación transdisciplinar, que atraviesa varias ciencias de la naturaleza y hasta las ciencias sociales. Nunca existieron tantos científicos-filósofos; pasamos de la euforia científica del siglo XIX y aversión a las reflexiones filosóficas y sociológicas para un deseo de "complementarnos o conocimiento de las cosas con el conocimiento del conocimiento de las cosas". [16]

Ya en el siglo XVII, el filósofo BLAISE PASCAL (1623-1662) había previsto que el espacio infinitamente grande (*Cosmología*) y el infinitamente pequeño (*Atomística*) probarían la ignorancia del hombre que acreditó haber alcanzado la verdad por la racionalidad lógico-formal de las apariencias del mundo:

¿Qué es el hombre dentro de la naturaleza, al final? Nada en relación al infinito; todo en relación al nada; un punto intermediario entre todo y nada. Infinitamente incapaz de comprender los extremos; tanto el fin de las cosas como su principio se mantienen ocultos en un secreto impenetrable, y le es igualmente imposible ver el nada de donde salió y el infinito que lo envuelve. [17]

Aún en la observación de ese contexto actual, muchos filósofos de la ciencia pasaron a desmentir lo que antes era considerado como absoluto e indiscutible, así como KARL POPPER (1902-1994) al proponer que se reconociese la necesidad de la reformulación de lo que venga a ser la verdad como presupuesto para el surgimiento de una nova cientificidad, y el filósofo francés GASTON BACHELARD (1884-1962) cuando anunció que el progreso científico es un mito de la modernidad, notoriamente por la argumentación de discontinuidad y saltos que la 'ruptura epistemológica' proporciona al

[16] PEREIRA, Marcos Roberto. "A Possibilidade e a Necessidade de Resgate da Perspectiva Ético-Científica"; in: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). "BIODIREITO: Ciência da Vida, os Novos Desafios". San Pablo: Revista dos Tribunais. 2001. p.202.

[17] PASCAL, Blaise. "Pensamentos". Coleção "Os Pensadores". San Pablo - SP: Nova Cultural. 1999. p.44/45.

hombre. Este desencanto por la verdad absoluta y por el supuesto progreso del conocimiento científico refleja la decepción que el hombre contemporáneo tiene por la sociedad hodierna, que además se volvió más fría y competitiva de lo que pudieran imaginar los pensadores humanistas de la revolución francesa.

Sobre la nueva cientificidad concebida a partir del reconocimiento de los puntos de mutación de la epistemología que hoy fomentan el debate del conocimiento metódico objetivo por la abertura de originales perspectivas, KARL POPPER asegura que:

El viejo ideal científico de la *episteme* –del conocimiento absolutamente cierto, demostrable– mostro ser un ídolo. A exigencia de la objetividad científica vuelve inevitable que todo enunciado científico permanezca *provisorio para siempre*. El, con efecto, puede ser corroborado, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que, nuevamente, son provisorios. [18]

Las palabras de orden utilizadas en adelante en el mundo científico son: desmitificación, discontinuidad, relatividad, incertidumbre o indeterminación, y más recientemente el caos.

En cuanto a la vetusta cientificidad presa a la idea de determinismo mecánico de la vida, se presenta superada por las revoluciones paradigmáticas proporcionadas por la Física contemporánea, lo que para JAMES GLEICK representa la creación de una nueva ciencia: "Los más ardientes defensores de la nueva ciencia llegan al punto de decir que la ciencia del siglo XX será recordada apenas por tres cosas: la relatividad, la mecánica cuántica y el caos." [19]

Es aún con una citación del físico norte-americano JOSEPH FORD que JAMES GLEICK consigna el valor de esas tres teorías revolucionarias arriba citadas, para la estructuración de la novel cientificidad:

La relatividad elimino la ilusión newtoniana sobre el espacio y el tiempo absolutos; la teoría cuántica elimino el sueño newtoniano de un proceso controlable de mensuración; y el caos elimina la fantasía laplaciana de la previsibilidad determinista. [20]

[18] POPPER, Karl R. "A Lógica da Pesquisa Científica"; *apud*: CHAUÍ, Marilena. "Primeira Filosofia: noções introdutórias". San Pablo: Brasiliense. 1984. p.215.

[19] GLEICK, James. "Caos: o nascimento de uma nova ciência". Río de Janeiro: Campus. 1989. p.05.

[20] FORD, Joseph. "What is Chaos, That We Should Be Mindful Of It?"; *apud*: GLEICK, James. "Caos: o nascimento de uma nova ciência". Río de Janeiro: Campus. 1989. p.05

Las transformaciones por las cuales la Física pasó en el siglo XX, fueron tan radicales al punto de modificar el conjunto del pensamiento occidental que se encontraba preso aún a la cientificidad iluminista, creando un nuevo abanico de posibilidades de conocimiento que reclama por una visión más amplia del mundo, notoriamente por las nuevas tendencias epistemológicas que se establecen sobre la unión de la vieja ciencia con la filosofía y aún con la religión, rompiendo la especificidad del conocimiento científico de antes, y marchando para una posibilidad de la ciencia holística pre-hablada.

Abandonar la creencia en la verdad absoluta como fundamento para el conocimiento metódico establecido sobre un universo en expansión, tan fluido en cuanto a la propia racionalidad humana (*errare humanum est*), parece ser el desenrollar necesario de la ciencia.

Definitivamente hay una nueva perspectiva científica que precisa ser aplicada al derecho, que reclama urgentemente por nuevos medios de concretizar los anhelos sociales de Justicia y, si hay algún impedimento a la transformación reclamada, se trata exclusivamente de estorbo político y no de una cuestión epistemológica.

Esas mudanzas proporcionadas por la ciencia cuántica penetraron en todos los campos de la actuación científica, del comportamiento humano, de la política, y en el derecho fomentaron desde luego, a partir de la inconstancia política, social y económica de los fines del siglo XIX y en todo el siglo XX, la relativización de los derechos, lo que es profundamente radical en la historia del pensamiento jurídico.

Con todo, como ponderación final, para demostrar bien el descompás existente entre el paradigma científico global y el empleado por la ciencia del derecho, apenas recientemente, con la implementación del código civil de 2002 en Brasil, fue que la relatividad de los derechos subjetivos fue introducida rutinariamente en el ordenamiento jurídico nacional, aún más bajo una fuerte oposición de la elite conservadora nacional.

1.3. La Imparcialidad Cientifica

Al nacer de la moderna ciencia *lato sensu*, evidentemente considerado el proceso histórico que acompaña a este capítulo revolucionario en el desarrollo del mundo occidental, el conflicto entre el pensamiento tradicional arraigado en las costumbres

del catolicismo medieval aparece sobresaltado desde la baja Edad Media y que impuso un límite a las preguntas y preocupaciones del hombre, dirigido a sí mismo y a lo manifestado en la naturaleza, y la nueva mentalidad exigida por el capitalismo naciente, que debería basarse en el razonamiento lógico y el reconocimiento de la verdad evidente que permitiría el descubrimiento de nuevas perspectivas para la explotación de la riqueza natural.

La mentalidad moderna se basa en la reacción al mundo medieval, en la deconstrucción del modelo de conocimiento que tiene un *a priori* religioso que impone serias restricciones al desarrollo del capital naciente, y que debe ser derrocado por lo bien de la razón humana, porque es capaz de romper con los viejos conceptos preestablecidos que impiden la fijación definitiva de nuevas relaciones sociales, en adelante basadas en la competencia del mercado y la explotación del trabajo asalariado.

La Ilustración del siglo XVIII (siglo de luces en oposición a la supuesta oscuridad del medievalismo), impuso en el mundo moderno la creación de un nuevo paradigma de conocimiento que también parecía ser mítico, que fue el Cientificismo, según el cual la ciencia como conocimiento técnico, objetivo y imparcial sería responsable de la creación de una nueva sociedad, donde todos los flagelos humanos se resolverían por su propia racionalidad intrínseca.

La ciencia, por esa perspectiva moderna, se presentó como la fuente de la redención humana, después de todo, ni siquiera los problemas de la degradación del medio ambiente eran conocidos y considerados con relevancia, lo que solo resultó ser fundado y serio después de la segunda gran guerra, en el siglo pasado. Hoy, junto con el reconocimiento de los problemas ambientales como un interés difuso protegido por la ley, el cambio climático resultante del modelo de industrialización adoptado y la ciencia racional de la modernidad, adquirió una característica escatológica que comenzó a estigmatizar la noción misma de modernidad y su relación con el progreso (esto siendo visto como otro mito).

Por lo tanto, la adopción del Cientificismo ilustrado ha llevado, contrariamente a lo que se pensaba, a la creación de un nuevo conjunto de mitos, entre los cuales se encuentran los mitos de la objetividad y la imparcialidad científica. Para ese propósito, también esposa STEPHEN HAWKING, la propia ciencia Física, como conocimiento objetivo de la naturaleza, también puede transformarse en un sistema de razonamiento y legitimación del sentido común,

que anteriormente se presentaba como contrario al censo científico (*sensus communis* cualificado). [21]

Hasta el día de hoy, aún no está claro lo que sea conocimiento científico objetivo, ya que aún se debate si es posible que el hombre exprese su psique sobre los datos de la naturaleza sin afectar, en el núcleo de esta proyección, un contenido *a priori* del propio científico (preconceptos cognitivos). El científico desempeña el papel de mago de la modernidad, dentro del estándar de la objetividad propagada, manipulando las fuerzas de la naturaleza, pero lo hace como una 'hoja de papel en blanco' (*tabula rasa*), con una racionalidad pura y sin los preconceptos subjetivos, cuando tienden a cuantificar o medir fenómenos naturales (por fin, '*El Desencantamiento del Mundo*').

En este sentido, ALFRED NORTH WHITEHEAD profesó la existencia de dos sistemas de pensamiento que el hombre puede formular acerca de la naturaleza, siendo uno dotado de 'homogeneidad' y otro imbuido de 'heterogeneidad'. El pensamiento homogéneo para el profesor representa la posibilidad de "poder pensar en la naturaleza sin pensar en el pensamiento", mientras que el pensamiento heterogéneo implica la posibilidad de "pensar en la naturaleza junto con pensar en el hecho de que la naturaleza es el objetivo del pensamiento". [22]

La observación de WHITEHEAD acerca de la cognición humana representa la creencia en la capacidad de conocer lo ontológico (homogeneidad) y lo epistemológico (heterogeneidad), como algo distinto, o como gnoseología dicotomizada. Esta creencia es el resultado del Cientificismo de la Ilustración y permaneció intacta en los debates académicos hasta que la Física Cuántica revelaría que lo que antes se entendía como ontológico fueron datos incompletos, y que sus premisas, como magnitudes absolutas de la naturaleza,

[21] En el análisis de la ya obsoleta propuesta newtoniana de la uniformidad del tiempo en todas las direcciones *ad aeternum*, el físico Stephen Hawking, señala la formación de un sentido común dentro de la ciencia misma: "Esto era indiscutiblemente verdadero en la física newtoniana. Se creía que el tiempo era absoluto, lo que indica que cada evento en la historia del universo estaba etiquetado por un número llamado tiempo, y que una serie de etiquetas de tiempo fluían uniformemente desde el pasado infinito. Esto es lo que se puede llamar la visión del tiempo en sentido común, y es la visión del tiempo que la mayoría de las personas, e incluso la mayoría de los físicos, tienen inconscientemente." (HAWKING, Stephen. "O Universo Numa Casca de Noz". Tradução de Ivo Korytowski. 4ª ed. São Paulo - SP: ARX. 2001. p.108)

[22] WHITEHEAD, Alfred North. "El concepto de la naturaleza". Primera edición brasileña. São Paulo: Martins Fontes. 1994. p.09

dotadas de linealidad en su movimiento, representaban ideas erróneas, como lo demuestran la Atomística y la Cosmología.

La objetividad científica, según WHITEHEAD, se presenta como un requisito para que el científico se comporte como un '*no-ser-en-el-mundo*', a través de una racionalidad basada en la indiferencia en cuanto al tiempo, para que se pueda esquivar a la falibilidad humana (¡como si eso fuera posible!). Por lo tanto, cuando el científico se niega a "*estar-en-el-mundo*" (o '*dentro-del-mundo*'), adopta una postura deificante, más allá de su limitación intrínseca, que es absolutamente cuestionable, pero, sin embargo, es la base de su supuesta imparcialidad y objetividad.

La filosofía y la epistemología del siglo XX se guiaron por el descubrimiento de que el hombre '*existe-en-el-mundo*', y no es posible evitar esta relación existencial para ubicarse en una abstracción ideológica que anule su propia dimensión individual en relación con los fenómenos del universo circundante. Es en el 'aquí y ahora' que se hace la experiencia humana.

Sin embargo, en general, es una buena idea contemplar que todo el paradigma científico trazado en la modernidad de la Ilustración considera al hombre como una abstracción, ya sea como un objeto a investigar o como un propulsor de la investigación, lo que permite la idea de la alienación del ser humano en lo proceso del conocimiento científico, siendo suficiente para la ciencia, un método y un objeto determinado (ciencia = método + objeto - hombre).

Al tratar de ignorar el aspecto humano en la investigación científica, pretendemos establecer la verificación del resultado experimental homogéneo, es decir, ese resultado que no varía debido a quién llevará a cabo los mecanismos de investigación. La abstracción humana a la hora de llevar a cabo la investigación científica revela uno de los mitos más profundos de la ciencia moderna, que es la creencia en la linealidad y la estabilidad del mundo, el hombre y esta interacción.

Se trata de saber si es el mundo exterior el que llena el 'espacio en blanco' en la subjetividad del científico o si es esta quien se proyecta en el 'mundo objetivo' para interpretarlo o crearlo efectivamente en términos de representaciones que puede ser entendido por el intelecto humano. Esta vez, hay una confusión entre lo subjetivo y lo objetivo en las palabras de CAIO PRADO JR.:

La confusión entre las esferas subjetiva y objetiva dará como resultado la proyección de la primera en la segunda; La proyección

de la conceptualización en el mundo fuera del pensamiento. Este hecho juega un papel esencial en todo el desarrollo histórico del pensamiento humano. Incluso se puede decir que lo común de las concepciones generales sobre la Realidad (tanto a nivel de la Filosofía como de la Ciencia, como a nivel de las concepciones comunes) está fuertemente influenciado por esta verdadera inversión idealista por la cual un mundo se recrea fuera del pensamiento, hecho a la imagen de ese mismo pensamiento. [23]

Por lo tanto, para demostrar que el conocimiento científico resulta de la proyección de lo subjetivo sobre lo manifestado de la naturaleza (*de mundi sensibilis*), es que el discurso científico es un elemento esencial para la idea de su propia rigidez metódica. Al suprimir algunos pronombres personales, verbos o adjetivos, cualquier texto lógico puede convertirse en un discurso científico rígido.

El discurso científico, de acuerdo con lo que ya ha sido observado por el filósofo alemán Friedrich Nietzsche (1844-1900), es responsable por toda la noción de ciencia, especialmente de su calidad de propagación de ideas que crean un mundo estrictamente humano, incluso cuando no lo esposa en las observaciones del comportamiento de la naturaleza, lo que permite que este mundo se convierta en la fuente del sentimiento de libertad del hombre, o sea la prisión más cruel para el género humano, incluido:

En la medida en que el hombre creyó, durante largos períodos de tiempo, en los conceptos y nombres de las cosas como en *aeternae veritates*, adquirió ese orgullo con el que se elevó por encima del animal: pensó que tenía, en el lenguaje, conocimiento del mundo. El creador del lenguaje no era tan modesto para creer que daba a las cosas, solo, designaciones; sino que, como suponía, expresó con palabras el conocimiento supremo de las cosas; de hecho, el lenguaje es el primer grado del esfuerzo hacia la ciencia. (...) Lo mismo ocurre con las *matemáticas*, que ciertamente no habrían surgido, si desde el principio se hubiera sabido que en la naturaleza no existe exactamente una línea recta, ni un círculo efectivo, ni una medida absoluta de grandeza. [24]

[23] Júnior, Caio Prado. "O Que é Filosofia". Col. Primeiros Passos. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1990. p.25.

[24] Nietzsche, Friedrich. "Obras Incompletas: Humano, Demasiado Humano". 5ª ed. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural. 1983. p.92/9.

En esta línea de razonamiento, la *ciencia formal* de las matemáticas en sí misma, durante todos estos siglos, ha defendido axiomas que representaban (y aún representan, en lo que sigue siendo incuestionable) un discurso científico construido sin un verdadero conocimiento de la naturaleza, dada su constitución de valores absolutos que finalmente no aparecieron de acuerdo con el movimiento y la manifestación del cosmos (*verbi gratia*, la línea recta).

Mismo WHITEHEAD, aunque reconozca expresamente su conservadurismo científico y su apego al contenido axiomático, identifica los problemas psicológicos intrínsecos cerrados en el desarrollo del discurso científico al afirmar que: "El lenguaje, a menudo, confronta a la mente con una abstracción engañosa de la complejidad indefinida del hecho de la aprehensión sensible." [25]

Además, es plausible considerar que el axioma bien puede comportarse como un obstáculo para el desarrollo científico, en la medida en que representa una verdad incuestionable o límite a las especulaciones del científico.

Durante gran parte del siglo XX, *ad exemplum*, la doctrina del derecho privado brasileño apoyó su posicionamiento en el contenido axiomático, y estos límites impuestos al cuestionamiento científico se manifestaron negativamente ante la ciencia jurídica nacional, por lo que hubo un estancamiento en la evolución del derecho civil patrio, haciendo con lo que una obra de PONTES DE MIRANDA que data de principios del siglo XX sea más avanzada y actual frente a las demandas de la vida de la sociedad actual del siglo XXI, y que muchas teorías de algunas de las doctrinas de renombre de hoy. Sin embargo, incluso observando el ingenio de PONTES DE MIRANDA (el mejor jurista que Brasil ha generado), la doctrina legal del derecho civil nacional merecía a fines de este siglo, el compromiso de tantos igualmente capaces, no vinculados a la vieja escuela positivista y libres de los límites impuestos al cuestionamiento científico, que se manifiestan hoy en día. El derecho civil nacional necesita un salto / ruptura epistemológica.

Más allá de la ciencia expuesta en discursos académicos disonantes, de lo que puede entenderse por la realidad, por la cosa misma (esta cosa, que está en el mundo), su fundamento es metafísico (del griego *tà metà physiká*: más allá de lo físico), que exige

[25] *Ob. Cit.*, p.130.

el reconocimiento de que la racionalidad, incluso cuando es 'objetiva', está impregnada de la subjetividad del hombre y estructura linguistica.

Desde la Cosmología hasta la Atomística (desde los extremos máximos hasta los mínimos), la racionalidad del científico es un ejercicio metafísico lingüístico que va más allá de lo sensorial y lleva la Física a la Filosofía, un hecho que otorga valor y confirma la ponderación filosófica de la Fenomenología Existencial de Heidegger, según la cual:

Mientras el hombre siga siendo *animal rationale* es él *animal metaphysicum*. Mientras el hombre se comprenda a sí mismo como un animal racional, pertenece a la metafísica, en palabras de Kant, pertenece a la naturaleza del hombre. [26]

Ciertamente, no es una tarea tan fácil y basada en evidencia simple, la división entre 'sujeto-objeto' como se pretendía hasta hace muy poco tiempo, por lo que la ruptura con este preconcepto instrumental representa una agitación radical en el paradigma científico moderno, una vez más, patrocinado por la Física, en particular por los trabajos de Werner Heisenberg (1901-1976) y Niels Bohr (1885-1962) que demostraron la complejidad de esta relación, ya que tanto el sujeto como el objeto están en el mismo mundo, relacionando. De ahí la observación del magistrado y profesor Marcos Roberto Pereira, quien, que ya proyecta las observaciones bien fundadas de la Física Cuántica en el mundo jurídico, afirma que "no es posible observar o medir un objeto sin interferir en él, (...)", al cuestiona la posibilidad de objetividad imparcial en la ciencia del derecho. [27]

Enseña Heisenberg que en la investigación científica siempre existe la participación de un elemento subjetivo del científico, que es el "conocimiento incompleto", y que interfiere en la apreciación de su desarrollo y el resultado, y también enfatiza que: "El acto de observación, por sí mismo, cambia la función de probabilidad de

[26] Heidegger, Martin. "Conferências e Escritos Filosóficos." Coleção "Os Pensadores". São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999. p.78.

[27] Pereira, Marcos Roberto. "A Possibilidade e a Necessidade de Resgate da Perspectiva Ético-Científica"; *in*: Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). "BIODIREITO: Ciência da Vida, os Novos Desafios". São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p.202.

forma discontinua; el selecciona, entre todos los eventos posibles, el evento real que ocurrió." [28]

En el mismo sentido de la relación entre objeto de investigación y científico, ambos en este mundo, el psicólogo JOSÉ ANTONIO ZAGO reconoce y propaga la importancia de proponer la Mecánica Cuántica para la construcción de un nuevo paradigma científico:

La revolución del descubrimiento de Heisenberg es que cuando hablamos de la naturaleza, hablamos de nosotros mismos, es decir, del papel participativo del observador, poniendo fin a la idea de la ciencia puramente objetiva en la que el observador es independiente del objeto de conocimiento. O, la posición del observador interfiere con lo que se observa. En otras palabras, con la teoría cuántica aprendemos que la ciencia exacta es posible sin aceptar el realismo dogmático; y que la ley de causalidad, que cada evento que ocurre presupone un evento antecedente de acuerdo con alguna regla, no es la única base del conocimiento científico. La ciencia natural está hecha por hombres, lo que resulta no solo del trabajo de describir y explicar la Naturaleza, sino también de la interacción entre el hombre y la Naturaleza a través de un método de investigación, haciendo imposible la separación entre el mundo y el "yo". [29]

Además, paso a paso, para renovar de una vez por todas la noción de la realidad del hombre como un mundo sensible (como un conjunto de estímulos eléctricos que invaden su cerebro), HEIDEGGER citando esta vez a HEGEL (1770-1831), ofrece una proposición radical que rompe con el modelo de racionalidad objetiva formulado por la Ilustración, que supuestamente podría describir el mundo real por la relación de causa y efecto, al afirmar que: "El puro ser y el puro nada son, por lo tanto, lo mismo." [30]

De esta manera, cuando ser y nada son equivalentes, y esto se convierte en el *fundamentum ad mundi sensibilis*, y siendo el 'nada', la pura ausencia de manifestación, descalifica la racionalidad binaria como un instrumento capaz de conocer lo 'real', ya que, en el academicismo actual, la ciencia no puede tener como objeto

[28] HEISENBERG, Werner. "Física e Filosofia". Série Métis. 4ª ed. Tradução de Jorge Leal Ferreira. Brasília - DF: Editora Universidade de Brasília. 1999. p.80.

[29] ZAGO, José Antonio. "Colhendo Incertezas nos Campos do Saber". Disponível em: <http://www.psicologia.ogr.br/internacional/pscl.htm. Acesso em: 20 ago. 2003.

[30] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. "Ciência da Lógica"; *apud*: HEIDEGGER, Martin. "Conferências e Escritos Filosóficos." Coleção "Os Pensadores". São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999. p.61.

"la nada" (*ex nihilo, nihil cognit*), lo que, por lo tanto, implica el deber de evitar la búsqueda de la realidad pura, con el fin de lograr "una aproximación de lo que es esencial en todas las cosas". [31]

Desde este punto de vista, la objetividad científica de la era moderna es aproximada a la realidad, no un hecho absoluto suyo, como se creía, y es precisamente esta observación la que ha permitido la construcción de nuevos modelos de racionalidad, y de otra comprensión de un mundo sensible que se establece entre dos elementos absolutamente subjetivos del universo en expansión (el macro y el micro). La certeza de antaño resultó ser una hipótesis de concreción que tiene dos extremos de subjetividad profunda.

Cuando la Física y la Química comienzan a trabajar con partículas subatómicas, y en el otro extremo, a considerar el macrocosmos, esa vieja concepción de la invisibilidad del mundo humano que se opone a la visibilidad del mundo de la naturaleza, expuesta por Merleau-Ponty, está irremediablemente anticuado. Ambos mundos están sostenidos por una sola invisibilidad que, inexorablemente, conduce al final de la dicotomía filosófica de lo físico y lo metafísico.

De esta manera, la confusión creada a partir de la idea de una dicotomía entre lo objetivo y lo subjetivo se profundiza aún más.

En cuanto a la ciencia jurídica desarrollada en el siglo XX, muchos autores trataron de imponer un conocimiento basado en la racionalidad pura y la objetividad científica previamente hablada, influenciada principalmente por el trabajo de **Immanuel Kant**, como lo hizo **Hans Kelsen** (1881-1973), en su "Teoría Pura del Derecho". Sin embargo, el resultado de esta búsqueda incesante de razones de derecho puras y objetivas creó un 'monstruo epistemológico', ya que a partir de entonces hubo un avance de las teorías jurídicas hacia la *formalidad*, como una representación de esta objetividad prevista, lo que resultó en una distancia entre el derecho y la cultura, la ética, la moral, la religión y el pueblo. La formalidad comenzó a tomar indebidamente el lugar del contenido material del derecho, ampliando aún más el abismo creado por el Positivismo Jurídico entre la ley y la justicia, y la primera se destacó en detrimento de la última.

[31] *Op.Cit.*, p.52.

Un hecho interesante sobre la Teoría Pura del Derecho de **Kelsen** es que, si bien se dedica a repeler con vehemencia el Marxismo y la *praxis* jurídica soviética, utiliza su concepto de ideología como un conjunto de ideas que tienen como objetivo ocultar la realidad, como uno de los pilares para demostrar la objetividad de su teoría. **Kelsen** rechaza la legalidad marxista pero utiliza sus supuestos teóricos para exponer su "imparcialidad". Vea los pensamientos del profesor **Wolkmer**:

Desde Marx, el primero en destacar y desarrollar metodológicamente dicha categoría, "ideología" ha abarcado dos significados: como un sistema teórico de ideas de justificación y legitimación (Destutt de Tracy) y como una falsa conciencia, ilusión mítica y distorsionada del mundo. Kelsen utilizó esta última concepción, dominante en la tradición de los textos marxistas clásicos, para articular sus fuertes críticas a las doctrinas jurídicas soviéticas. Así, para diferenciar la "neutralidad" de su teoría del derecho, proclamada como una ciencia purificada, Kelsen emplea un concepto estrecho y peyorativo de ideología. Cualquier sistematización legal que no sea la "teoría normativa pura", ya sean las doctrinas legales tradicionales burguesas o marxistas, resultan formulaciones ideológicas. [32]

Incluso el creyente más ferviente en la ciencia objetiva del derecho ha manifestado sus tendencias psíquicas contradictorias restablecidas, como, por ejemplo, el asco político al Marxismo.

Se reconoce que el objeto de estudio de la ciencia del derecho, la norma, tiene un valor político intrínseco, es decir, en sí mismo, representa un significado, un valor, un símbolo y, por lo tanto, su verificación siempre dependerá de la perspectiva de quién lo observa y el aspecto que servirá de base para establecer el vínculo entre el objeto de especulación y el observador. La norma misma, como objeto de especulación científica, requiere que el observador descubra su significado intrínseco (ontología fenomenológica del valor) y le dé un nuevo significado (epistemológico y sistemático). En ambos procesos existe la subjetividad científica del sujeto y el objeto.

Bajo este prisma, la ciencia del derecho se establece inevitablemente teniendo en cuenta la mirada del observador y el grado

[32] WOLKMER, Antonio Carlos. "Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico". 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p.164

de subjetividad que se expresa y renueva constantemente desde el legislador hasta el intérprete de la ley.

Además, la consecuencia de adoptar una teoría jurídica basada exclusivamente en el aspecto formal de la legalidad, dio como resultado un avance sorprendente en el derecho procesal en detrimento de la ley material que quedó vinculada por los valores arcaicos del derecho romano clásico. La maduración del derecho procesal encontró fuertes obstáculos para la realización de la justicia que pretende, porque al actualizarse para llevar a cabo leyes colectivas y difusas, no encontró legislación ordinaria de derecho material que le diera contenido, de ahí la necesidad de ampliar el derecho constitucional, notablemente en su contenido de principios de efectividad total e inmediata para proyectarse sobre todo el sistema legal, lo que hace con toda la supremacía material que le es peculiar.

La aplicación del derecho en su aspecto estrictamente formal no garantiza la imparcialidad del científico o su operador, sino todo lo contrario, revela un desprecio por la vida social cotidiana, que es perjudicial para el derecho en su deseo de justicia.

La epistemología práctica, en otras ocasiones, ha demostrado que la aplicación de un proceso lógico-formal riguroso, en los casos en que el científico busca algún resultado establecido teleológicamente, puede llevar a cabo otro resultado diferente al previsto, pero de igual o mayor significado que esperado. Dadas estas circunstancias, fue que varios descubrimientos científicos relevantes se hicieron accidentalmente, lo que demuestra que hay algo en el método que escapa a la lógica formal.

Sin embargo, además de la discusión exclusiva de la objetividad científica en el mundo jurídico, en general la historia ha demostrado la posibilidad de momentos de crisis en la formulación de la motivación científica que anima la experimentación, con el uso de elementos no racionales por parte del científico que puede utilizar recursos distintos de la racionalidad exclusiva de las asociaciones binarias, como la intuición, la ética, los impulsos instintivos, la estética, etc., aplicados en las ciencias naturales y humanas, sin comprometer el resultado práctico que la investigación puede ofrecer a la sociedad humana.

Fue el propio **Einstein** quien declaró que no aplicó una secuencia lógica en la formulación de la Teoría de la Relatividad, como la posibilidad de que un tren se mueva más rápido que la velocidad de la luz y el uso de ascensores en el espacio cósmico:

"hasta cuanto a las leyes de las matemáticas se refieren a la realidad, están lejos de constituir algo seguro; y, en la medida en que constituyen algo seguro, no se refieren a la realidad." [33]

Incluso en el método racional, hay algunos momentos en que el científico, aunque no se dé cuenta, llega a conclusiones inmediatas sin recurrir al desarrollo encadenado de la causalidad del pensamiento lógico, especialmente cuando abandona, aunque sea momentáneamente, el discurso psicológico y sugestivo que involucra el encadenamiento de pensamientos: premisas y conclusiones. La intuición se despierta en cualquier momento, informando al científico del contenido de la investigación que causó un obstáculo, como un salto cuántico.

La intervención de la intuición en la investigación científica, como un hecho humano que se coloca en el medio de la supuesta observación imparcial del proceso lógico, está muy bien representada en la explicación hecha por el físico teórico FRITJOF CAPRA, cuando afirma que:

El conocimiento racional y las actividades racionales son ciertamente la porción más significativa de la investigación científica; sin embargo, no lo agotan. La parte racional de la investigación sería realmente inútil si no se complementara con la intuición que proporciona a los científicos nuevas ideas y los hace más creativos. [34]

El hecho de que, desde la filosofía de Descartes con su aforismo '*cogito, ergo suum*', el mundo occidental ha aprendido a valorar al hombre solo mientras su intelección, hace más que posible que otras potencialidades humanas capaces de interpretar el mundo se hayan atrofiado por desprecio, radicalmente equivocado.

El profesor y magistrado RIZZATTO NUNES, apoyado por las tesis de EINSTEIN y HENRI BERGSON (1859-1941), con la audacia y perspicacia que exige el conocimiento científico de hoy, apoya la aplicación en el estudio del derecho, de lo "método intuitivo", evidentemente, un método que va más allá del racionalismo lógico-formal, ya que presupone el '*ser-en-el-mundo*' del científico y el compromiso ético que implica esta existencia, reconociendo así la subjetividad científica aplicada incluso a experimentos que realiza

[33] EINSTEIN. *Apud* CAPRA, Fritjof. "O Tao da Física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental". São Paulo: Cultrix. 1992. p.39.

[34] CAPRA, Fritjof. "O Tao da Física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental". São Paulo: Cultrix. 1992. p.32.

la ciencia, especialmente porque esta es una expresión de la intencionalidad humana:

(...) subjetivo tiene un sentido ultrapersonal y religioso. No debe usarse en el sentido jurídico del término o personal: como algo que quiero, me gusta, es mío, me pertenece, etc.

Subjetivo se refiere a una fe profunda e inquebrantable en la búsqueda de una sociedad humana mejor. Es pura fe religiosa luchando por el respeto por la persona humana.

Es ciencia y religión al mismo tiempo: un acto de fe unido por un método construido sobre un marco de referencia que se basa en principios fundamentales. [35]

La aceptación de la aplicación de la subjetividad ultrapersonal según lo enseñado por Rizzatto Nunes, lleva al científico del derecho al campo de la vida social diaria, de la efectividad, porque para la aplicación de un método basado en la experiencia diaria de los problemas sociales a resolver por la ciencia del derecho, termina por exhortar al jurista a abandonar el culto a la formalidad por la búsqueda incesante de la justicia como una materialidad teleológica del derecho, ya que esto se convierte en el compromiso ético del jurista que "*está-en-el-mundo*".

Es cierto que, desde la Constitución Federal de Brasil de 1988, que adoptó el Principio Constitucional de la Dignidad de la Persona Humana como un principio político-jurídico, o mejor, como un *principium principiorum* (el principio de los principios) del derecho brasileño, su efectividad dependerá de un compromiso ético indeclinable por parte de los miembros de la sociedad, y aún más por parte del jurista, que se dedica a la construcción científica de la teoría jurídica del derecho nacional.

El culto a la formalidad de antaño, aún aplicado por el desconocimiento del Positivismo Jurídico anacrónico y restante, lejos de ser una postura de imparcialidad y objetividad de la teoría jurídica, representa un obstáculo para la realización de la justicia deseada por el pueblo, ya que representa y requiere la asunción de un compromiso ético que transforma la realidad social carente, para la construcción de un nuevo paradigma de sociedad.

[35] Nunes, Rizzatto. "O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência". São Paulo: Saraiva. 2002. p.08.

2. EPISTEMOLOGÍA CUÁNTICA Y DERECHO PENAL

2.1. *Breve introducción crítica al derecho penal*

El punto de partida para la construcción de una estructura teórica que dé suporte a la especulación sobre la relación existente entre el derecho penal, en cuanto desdoblamiento de la concepción de derecho como una ciencia humana más específicamente destinada para la valoración del comportamiento del hombre en relación a la sociedad (responsabilidad social consecuente de las relaciones de intersubjetividad), y la Filosofía de la Física, en cuanto *episteme* destinada a la naturaleza, o sea, como conocimiento metódico consignado para el entendimiento de la mecánica del universo, resulta en primerísimo plano del abandono de la concepción neokantista de 'derecho puro', de un derecho establecido exclusivamente sobre razones jurídicas, para la adopción de una idea de derecho que sufre influencia de las más variadas ramas del conocimiento humano, incluso de la Física, lo que se pretende observar más adelante, en el desarrollo del trabajo.

La 'Teoría Pura del Derecho' de KELSEN, bien puede también ser llamada como 'Teoría del Aislamiento Jurídico', por tener como premisa metodológica la sistemática de la apatía social llevada al extremo, acarreando una pureza de tal monta que se desmancha en el aire, o en su intrínseca esterilidad, en frente del exclusivo análisis formal del derecho en detrimento de su análisis de contenido.

Hay en la ciencia del derecho patrio actual un innegable esfuerzo de liberación del mundo jurídico, en cuanto a las amarras ideológicas lanzadas por los neokantistas, que han servido esencialmente para la manutención de pretensiones políticas de dominación en detrimento de la noción de justicia como fundamento teleológico que justifica el derecho. Además, el Criticismo que debe ser llevado a efecto, y que se presenta como una exigencia para la renovación de la ciencia del derecho, por lo menos para que pueda acompañar la evolución de todo el conjunto del conocimiento científico pos-moderno, no se debe detener en discordancias formales, conceptuales o de lenguaje, hay que pautarse en la posibilidad de creación de nuevas categorías institucionales y nuevos padrones metodológicos conducidos esencialmente en la multidisciplinaredad.

La multidisciplinaredad como método científico, provoca en primer plano, la recusa de la visión *autopoiética* del derecho defendida

por Niklas Luhmann, como un sistema cerrado dotado de auto-reproducción, pues este provoca una visión destorcida de la estructura jurídica de la sociedad. Este método sociológico de Luhmann propone que el derecho es un sistema cerrado que incide sobre la sociedad, dotado de mecanismos de auto-renovación, de modo que puede permanecer en un supuesto estado de pureza atemporal histórica. Con todo, esa concepción del derecho, equivocada en el método y en el objeto, creo la falsa idea de que tanto el derecho como un sistema global es cerrado, como también lo son sus subgrupos, o departamentos. Así, caminando para una especialización radical en virtud de la autonomía de los subsistemas del derecho (ex: penal; civil; constitucional; etc.), el operador jurídico se ve, por fin, víctima de un proceso de alienación del conocimiento, pues, no consigue percibir las premisas mayores que fundamentan y dan contenido a la propia estructura jurídica total, y que, evidentemente, son gestadas en el seno de la sociedad, y de sus conflictos internos. [36]

La concepción del derecho como sistema aislado es alienante, en el sentido de viabilizar la formación de un conjunto de valores aislados del cotidiano social (como si este procedimiento realmente fuese posible al derecho penal), entre mentes, la idea de subsistemas jurídicos independientes agrava esa alienación, en el sentido de provocar una falsa percepción de la realidad jurídica, en adelante fragmentada y desprovista de significado histórico-sociológico.

El sistema *autopoiético* del derecho se alimenta de la preocupación formal de su sistematización como objetivo último de la ciencia jurídica, justificando el distanciamiento entre el discurso jurídico y la sociedad, entre derecho y justicia (entre forma y contenido).

El lado perverso de la concepción de derecho puro es la valorización de la forma en detrimento del contenido, como si este procedimiento fuese un indicativo de imparcialidad científica. Se trata de una visión equivocada de la realidad, lo que, en sentido contrario a la proposición, confirma su naturaleza ideológica. En sede de

[36] En exposición al trabajo teórico de Luhmann, el prof. Juarez Tavares lo cita y teje el siguiente comentario: "Con todo, en el análisis del derecho no entran en consideración las influencias que sobre él puede ejercer la sociedad. El derecho es, así, tomado desde luego como pre-constituido, quedando sin contestación o sin formulación la cuestión de como él se vuelve posible en la sociedad. Esta conclusión es consecuencia de la idea de que 'la unidad de un sistema puede ser producida y reproducida tan solamente a través del propio sistema y no a través de factores de su ambiente'." (Tavares, Juarez. "Teoria do Injusto Penal". 2ª Ed. Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2002. p.59).

derecho penal, el profesor MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES atesta como el Formalismo Jurídico neokantista crea un vacío en la imagen mental del real:

Parece que, críticamente, la neutralidad normativa presupuesta por una Ciencia Pura del Derecho no resiste más a su ideologización. Esto no significa, en absoluto, que la estructura de tal "purismo" no sirve más para comprensión de los fenómenos jurídicos contemporáneos. Apenas si quiere revelar que esa ciencia representa una forma de visualización del sistema del Derecho, una de sus ópticas, como quien se pone a ver un cuadro y abstrae la figura diseñada, reteniendo su atención a las tonalidades y a los posibles instrumentos utilizados en su confección. [37]

La tradición jurídica de la escuela positivista nacional predica la lectura del derecho fundamentada exclusivamente en presupuestos de la lógica formal neokantista, partiéndose del *Principio de la Autoridad* (hijo de la Escolástica Medieval, pero anacrónicamente aplicado a la teoría jurídica nacional actual) y de la incuestionable dogmática del contenido de la ley, como se está fuese realmente, *a priori* y *per si*, la fina representante de los anhelos de la sociedad brasileña, y no el objetivo, muchas veces disonante, de los legisladores del Estado que apenas puntualmente actúan en consonancia con la verdadera voluntad política del Pueblo. [38]

Con todo, en adelante, la lectura multidisciplinar del derecho penal no impide el reconocimiento de la necesidad intrínseca del Principio de la Legalidad para la aplicación teleológica del derecho penal en busca de la justicia, muy por el contrario, reconoce su valor político apriorístico a la propia *lex escripta*, puesto que imposibilita la viabilidad de cualquier teoría científica relativa al derecho criminal que no tenga en consideración esa noción apriorística de libertad humana defendida desde la Revolución Francesa, y

[37] LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. "Princípios Políticos do Direito Penal". 2ª Ed. San Pablo: Revista dos Tribunais. 1999. p.192.

[38] Es importante observar que, en Brasil, la creación del Estado republicano no desciende directamente de una revolución popular como en el caso de Francia, ni es resultado de un largo proceso histórico como en el caso de Inglaterra, pero si del Estado portugués que ya se fundamentó en el apadrinamiento, asistencialismo y en la fisiocracia. Por esta razón, no raras veces, el Estado brasileño, aún en los días actuales, se distancia del pueblo y establece normas jurídicas como si aún fuese un Estado monárquico despótico, asistencialista y fisiócrata. En este sentido v. HAMBLOCH, Ernest. "Sua Majestade o presidente do Brasil". Coleção 'O Brasil Visto por Estrangeiros'. Brasilia: Senado Federal. 2000.

que objetiva la más legítima defensa del hombre contra el aparato represivo del Estado.

El objetivo del Principio de la Legalidad es volver claras y restrictas las hipótesis fáticas que justifican el *jus puniendi* estatal. Por lo tanto, es un control material de la pretensión punitiva. No es su objetivo ejercer regulación sobre el ámbito investigativo de la Ciencia del Derecho, ni obstruir el proceso de argumentación jurídica que envuelve la observación de un hecho social carente de evaluación normativa (*significación jurídica*). La Legalidad, y la ley en sí, no portan concepto o noción ontológica naturalística (*contradictio in adjecto*).

Hay, entre los instrumentos prescriptivos y evaluativos del sistema de derecho penal, una norma penal primaria que objetiva la protección de un bien jurídico-penal a través de la descripción de la conducta prohibida, y hay otra norma penal secundaria, que también objetiva la protección de un bien jurídico-penal, pero que fija la pena en abstracto, como condición de garantía del *jus libertatis* del autor del hecho. Es de la tensión existente entre esos dos polos que nace toda la teoría penal hodierna.

Cuando se habla de interdisciplinariedad, se introduce la idea de que la Ciencia del Derecho no está reducida a simplemente crear mecanismos teóricos que puedan dar conformidad a los estatutos legales que componen el ordenamiento jurídico nacional, sino además de esa misión, la Ciencia del Derecho precisa apoyarse en métodos científicos que reconozcan la ley como manifestación política teleológica, de modo que el mensaje político contenido en la ley sea objeto de estudio y juzgamiento por parte del jurista, para que le descubra el mejor sentido en dirección a la justicia social (la Ley es un discurso del poder).

La lectura científica interdisciplinar, no ha sido aplicada con mayores dificultades en las ciencias sociales y en las humanas *lato sensu*, con excepción del derecho, justamente por una subrepticia necesidad política de manutención de la orden vigente, a través de teorías formalistas pre-conceptuales que puedan legitimar un estado de cosas que, no raras veces, es disonante de la dignidad del hombre (*status dignitatis*) excluido de los beneficios de la vida en sociedad.

Acontece que la interdisciplinariedad es una característica esencial de las ciencias humanas, como bien adopta la profesora Marilena Chauí, incluyéndose en ese concepto de *humanas*, la ciencia del derecho, que también carece de lectura interdisciplinar,

notoriamente por las implicaciones históricas, económicas, sociológicas y políticas que poseen las normas jurídicas.

Aunque con campos y métodos específicos, las ciencias humanas tienden a presentar resultados más completos y satisfactorios cuando trabajan interdisciplinarmente, de modo de alcanzar los múltiples aspectos simultáneos y sucesivos de los fenómenos estudiados. [39]

Así, en cuanto al derecho penal, no se trata de defender una ciencia penal disociada del Principio de la Legalidad, sino si de reconocer que la ley es un discurso, donde su texto es apenas la parte visible inmediata de un comando estatal (elemento directo del discurso), que es proferido por el legislador (sujeto político que discursa) con un mensaje subyacente (elemento indirecto del discurso). Además, *pari passu*, es una buena idea consignar que ese discurso sufre intervención de elementos históricos, políticos, económicos, filosóficos, sociales y culturales desde el momento de su elaboración dentro de las casas legislativas del Estado, por lo tanto, ya nace con un contenido que le acompaña por toda su vigencia, y que no puede ser simplemente ignorado por el jurista.

El derecho penal no es el resultado del texto legal, como podrían pensar os positivistas 'puritanos', pues en verdad el derecho represivo, bajo la perspectiva de la legalidad, nace y se nutre del elemento indirecto del discurso arriba identificado, o sea, del contenido valorativo (fundamento de la norma) que determinó la confección de la *lex scripta*. De lo contrario, en las casas legislativas del Estado, se expresan concepciones políticas individuales o parciales (Partidos Políticos), conducidas generalmente en el sentido de oportunidad y competición partidaria, de modo que, variando conforme la organización política de cada sociedad, la materia política expresada en el comando normativo puede hasta no expresar consciencia alguna, sea histórica o de clase, lo que resultará en prejuicio para la maduración de la nación.

La indicación de que el derecho penal se encuentra ligado al elemento indirecto del discurso representa la esencia de su transformación histórico-dialéctica que, ahora indicando evolución y luego involución, se modifica conforme la sociedad se presenta en un determinado momento, mismo que el texto permanezca inalterado

[39] CHAUÍ, Marilena. "Convite à Filosofia". 4ª Ed. San Pablo: Editora Ática. 1995. p.277.

por más de un siglo. Además, los juristas que acompañan y perciben las vicisitudes históricas que inevitablemente producen sus efectos sobre el derecho, pueden agregar un valor al texto legal que ni siquiera fue considerado por el *desideratum legislatoris*, inclusivo.

Esa vivacidad histórico-dialéctica del derecho penal resulta del juzgamiento que el jurista debe hacer del texto legal, su contenido subyacente, y su incidencia sobre hechos sociales esencialmente relevantes.

Sin embargo del elemento indirecto de discurso jurídico penal, es justamente el Principio de la Legalidad que sustenta el monopolio del poder estatal en establecer las conductas vedadas y los bienes jurídicos que deben ser protegidos por la norma penal, revelándose abusivo cuando se distancia de las relaciones sociales puestas en práctica en lo cotidiano de la convivencia intersubjetiva, lo que redundaría *a priori* en un problema de tipicidad disonante del contexto social, y cuando ignora o corrobora con las relaciones sociales de exploración y de dominación que brotan desde la producción económica, infraestructura de la sociedad capitalista.

Con todo, cuando el objetivo de la norma penal no es esencialmente de cuño prohibitivo, o sea, en los casos de la norma penal ser permisiva, existe una identificación con el mensaje libertario y racional interna del sistema de derecho penal pos-moderno, nada impidiendo la adopción de criterios identificados (descubiertos y no simplemente inventados) por la doctrina y jurisprudencia que no estén previstos de modo expreso en la ley penal, sino que de ahí emane (o de los Principios Generales del Derecho, que son los Principios Constitucionales) como, *ad exemplum*, la adopción de causas de exclusión de antijuridicidad o de culpabilidad supralegales.

La doctrina y la jurisprudencia pueden, a través de un trabajo metódico y racional, estructurar la supralegalidad excluyente de ilicitud con fundamento en Principios Constitucionales, en la aplicación teleológica de los principios generales internos al sistema jurídico-penal, bien como esposándose en principios generales identificables en el subsistema de causas de justificación. La propia observación de las causas de exclusión de ilicitud expresamente enumeradas en la ley, permite la identificación de principios que les dan sentido de subsistema funcional-teleológico, como los principios del deber de autoprotección y de la proporcionalidad en el conflicto entre bienes jurídicos. En este sentido también es el entendimiento del profesor Cezar Roberto Bitencourt, *in verbis*:

La concepción del contenido material de la antijuridicidad volvió posible la admisión de *causas supralegales de justificación*. En verdad, para reconocer una causa supralegal de justificación se puede recurrir a los principios generales de derecho, a la analogía o a las costumbres, alejándose la acusación de tratarse de un recurso metajurídico. [40]

No hay obstáculo en el derecho penal pos-moderno en cuanto al acogimiento del consentimiento del ofendido como causa de exclusión de ilicitud supralegal, puesto que, en la perspectiva hipotético-inductiva del subsistema de las justificativas, él representa el rompimiento del principio del deber de autoprotección (premisa interna del sistema), entre tanto, desde que el bien jurídico ofendido por la conducta consentida sea disponible según el ordenamiento jurídico constitucional centrado en la dignidad humana (premisa constitucional).

Mismo reconociendo que es materia conflictiva en la doctrina, se puede proponer como principios generales identificables en el subsistema de causas de justificación: Principio de la Resolución de Conflictos entre Bienes Jurídicos; Principio de la Proporcionalidad Defensiva; Principio del Deber de Autoprotección (cuando el bien jurídico es propio) y Principio del Deber de Solidaridad (cuando el bien jurídico es de terceros). Este último, se encuentra positivado en la última parte del inciso I, del art.3º de la Constitución Brasileña de 1988.

También de esta forma, la inexigibilidad de conducta diversa, ya prevista en ley como causa excluyente de culpabilidad, puede adquirir un aspecto de supra legalidad (en el sentido de aplicación amplia en el sistema) sin que esto represente cualquier prejuicio para la teoría penal, los derechos humanos fundamentales, o el ordenamiento positivado.

El propio código penal brasileiro en su art. 66 permite al juez el acogimiento de circunstancias atenuantes no previstas expresamente en la ley, lo que la doctrina nacional denomino de ‘circunstancias atenuantes innominadas’. En verdad, el artículo en cuestión permite al juez la aplicación, en el momento de la fijación de la pena, de un criterio penal supralegal, o sea, no previsto positivamente en ley, sino de acuerdo con el mensaje libertario y

[40] BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. “Teoria Geral do Delito”. San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.272.

humanista del conjunto del derecho penal (premisa política mayor del sistema), que es el mismo fundamento político de la teoría de la tipicidad. En este sentido de reconocimiento de la premisa política mayor del sistema jurídico-penal, es la ponderación del profesor Antonio José Miguel Feu Rosa cuando analiza la teoría del tipo penal: "El avance de las libertades humanas y, por consiguiente, de los derechos y garantías individuales, paso a exigir nitidez absoluta en la definición de las conductas prohibidas." [41]

Las "circunstancias atenuantes innominadas" del art. 66 del CP indican, que la ley penal debe ser interpretada teleológicamente, y que, según Gimbernat Ordeig "la prohibición penal de la analogía es un tabú" que debe ser reevaluado por la doctrina. Así, consigna Ordeig que "si afirmamos que en derecho penal el sentido literal posible es el límite de toda interpretación, entonces es evidente que el juez no puede crear una nueva atenuante, (...)". [42]

De ese modo, mismo que discrepan los positivistas, nada hay en derecho penal que impida la adopción de la supra legalidad en favor del reo (*in bonam partem*), evidentemente, con criterios que están en consonancia con el mensaje subyacente del derecho penal libertario pos-revolucionario francés, con la sistemática de la ciencia penal y con la constitucionalidad humanista (*status dignitatis del reo*).

En el desenrollar del derecho penal, considerando su actual momento de crisis, de ruptura y salto epistemológico, existe la imperiosa necesidad de re-direccionamiento de sus postulados científicos para el reconocimiento de su génesis política, y que este contenido subyacente es indispensable para la elaboración de la ciencia penal. En la lección del profesor Antonio Carlos Wolkmer, existe la necesidad de la incidencia de la teoría crítica sobre el derecho penal, notoriamente por la posibilidad que la crítica tiene que ver lo que es subliminar, lo que no es visible en la letra de la ley.

La estrategia discursiva no niega la "apariencia real" del fenómeno jurídico, pero, sobre todo, procura revelar los intereses y las contradicciones que se ocultan por atrás de una estructura normativa. La crítica se legitima al ser competente en distinguir, en la esfera jurídica, el "nivel de las apariencias" (realidad normativa)

[41] Feu Rosa, Antonio José Miguel. "Causalismo e Finalismo em Direito Penal". 1ª Ed. Brasília - DF: Editora Consulex. 1993. p.52.

[42] Ordeig, Enrique Gimbernat. "Conceito e Método da Ciência do Direito Penal". Tradução de José Carlos Gobbis Pagluica. San Pablo - SP: RT. 2002. p.46.

da "realidad subyacente" (el subliminal, lo que no está prescripto, pero existe). [43]

Del discurso político que fundamente la norma, la ciencia del derecho penal desarrolla el discurso científico que permite la aplicación de la norma según métodos instrumentales previamente elaborados y tendientes a controlar el apetito represivo del Estado frente al hombre imputado por la conducta delictiva, buscando un justo equilibrio entre conducta delictiva dañosa y reprimenda criminal.

Además, como bien resalta el profesor LUIZ FLÁVIO GOMES, el elemento subyacente al tipo penal que cumple la función esencial de control de la expansión del *jus puniendi* en sede de derecho criminal, es el bien jurídico penal, pues situado en la vida social, habrá de otorgar parámetros empíricos que legitimen el gravamen represivo con base en la razonabilidad. El ilustre Profesor penalista construye sus radicales ponderaciones a respecto del derecho, partiendo de lo que le es subyacente, invisible, pero real y determinante de las apariencias de la disposición legislativa.

Toda interpretación del tipo penal tiene que comenzar por lo que está por atrás de él, esto es, por la correcta identificación del bien jurídico, que es el fundamento y la razón de ser de la tutela penal y, por consiguiente, del injusto penal. [44]

La superación del positivismo jurídico reside justamente en el reconocimiento de que la disposición legal escrita es una apariencia, y que esta apariencia es el efecto de una relación social de poder (el real determinante).

Existe inexorablemente un contenido apriorístico- teleológico de libertad (*status libertatis*) en la teoría científica del derecho penal, y que su creación y vocación libertaria representan un discurso político desarrollado por la inspiración en el modelo del Estado Moderno pos-revolucionario francés. Y siendo así, el Liberalismo Penal representa el mensaje subyacente que fundamenta la norma, y según ese mensaje el derecho penal debe ser interpretado, tanto en su forma como en su contenido. Por esta razón es que el *favor rei*, por ejemplo, es utilizado tanto como instrumento de hermenéutica para una lectura prudente de la norma represora, y

[43] WOLKMER, Antonio Carlos. "Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico". 3ª Ed. San Pablo: Editora Forense. 2001. p.17/18.

[44] GOMES, Luiz Flávio. "Norma e Bem Jurídico no Direito Penal". San Pablo: Revista dos Tribunais. 2002. p.138.

como principio general del derecho penal y del proceso penal, para la contención de la actuación de los órganos represores del Estado, encargados de la persecución penal.

Con todo, no se trata apenas de percibir el mensaje oblicuo a la ley, pero sin también de hacer un juzgamiento de ese contenido, esto es, la formulación de un cuestionamiento sobre la teleología contenida en la ley, como lo hace, *verbi gratia*, el profesor DAMÁSIO DE JESUS al analizar la ley 10.054/2000 que permite la identificación criminal del acusado mismo cuando ya civilmente identificado, en los crímenes que enumera.

Solo los pobres se van a manchar los dedos.

El elenco es discriminatorio, una vez que menciona, en su mayoría crímenes generalmente practicados por la población pobre (homicidio doloso, robo, latrocinio, extorsión, extorsión mediante secuestro, estupro y atentado violento al pudor). (...) ¿hay motivo para quedar fuera de la relación de los delitos de corrupción pasiva, conmoción, facilitación de contrabando, fraude contra el sistema financiero, peculado, crímenes contra las finanzas públicas y los delitos propios de responsabilidad? [45]

Observó el gran penalista que la edición de la ley 10.054/2000 tiene contenido discriminatorio, por cuanto, mismo habiendo sido elaborada con principio en el art.5°, LVIII, de la Constitución brasileña de 1988, porque es un estándar que, aunque total e inmediatamente efectivo, admite limitación por acción del legislador ordinario, disparó "la flecha de la humillación contra la parte pobre de la población", creando una situación que afronta la dignidad de la persona humana, principio mayor del constitucionalismo brasileño. [46]

Así como en las relaciones de producción y de reproducción social hay una serie de contradicciones fundadas y violentas, el derecho penal reproduce esa dificultad en el mismo paso en que se fundamenta primordialmente en la noción política de libertad y dignidad del hombre, pero se estructura *a posteriori* en normas represivas cuyo objetivo indisimulable es de defesa y manutención de la propiedad privada absoluta, y consecuentemente, de formas de exclusión social.

[45] JESUS, Damásio Evangelista de. "Só Os Pobres Vão Sujar Os Dedos". Síntese Jornal. Ano 04. n°48. Porto Alegre - RS: Síntese Editora. Fevereiro/2001. p.06.

[46] *Idem, Ibidem.*

En el dato subyacente de la norma jurídica se observa la contradicción estructural de la política burguesa, el conflicto entre la libertad además defendida con pasión y la represión consecuente e intrínseca al patrimonialismo que fundamenta la dominación de clases. Del discurso filosófico al discurso económico.

El dato histórico que permite la comprensión de esa contradicción, es el hecho de que la burguesía ha sido humanista en cuanto no se apoderó del poder político estatal, lo que ocurre solamente luego de la Revolución Francesa, y su conversión en fuerza opresora y represiva cuando consiguió acumular en sus manos, concomitantemente, el poder económico y el político, momento en que su humanismo se convirtió en patrimonialismo y su política estatal pasó a basarse en el binomio burocracia/violencia. Con todo, su pretérito discurso ideológico humanista que había quedado impregnado en el seno de la sociedad, le rindió la necesidad de ser humanista en el discurso y represivo/violento en la práctica social, una contradicción que mueve al Estado pos-moderno, y reanima incesantemente discursos apasionados.

Con la ascensión de la burguesía al poder político estatal, el derecho penal que antes estaba destinado para la protección del Rey y de la estructura social esposada en el Absolutismo Monárquico, tuvo un cambio de vértice para que pudiese acompañar el desarrollo del Capitalismo Mercantilista, pasando a proteger en primer plano la propiedad privada, fundamento del nuevo orden. Así también comprende el profesor RICARDO DE BRITO, esposado en JESCHECK, *ipsis literis*:

La ascensión de la burguesía acarreo, en particular, un tratamiento riguroso a los crímenes contra el patrimonio, como por ejemplo el latrocinio, lo que se explica por la amenaza que este tipo de delito representaba a la seguridad de las relaciones mercantiles. [47]

Esta política criminal liberal-burguesa desarrollada por los legisladores ordinarios, de flagrante cuño patrimonialista en detrimento de la persona humana, se presenta con más evidencia cuando se observa que las mayores penas del Código Penal brasileño, se encuentran en el capítulo de los crímenes contra el patrimonio,

[47] FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. "Razão e Sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno". San Pablo - SP: Juarez de Oliveira. 2001. p.16.

mismo que los crímenes contra la vida estén en primer plano doctrinario, en frente de la relevancia de este bien jurídico-penal.

Para la magistrada Maria Lúcia Karam, este patrimonialismo del derecho penal brasileño refleja su propia formación social y económica, por cuanto Brasil tuvo una formación socio-económica esclavista en su principio, y una industrialización tardía, concentrada geográficamente, manufacturera, ultrapasada tecnológicamente, comprometida con el capital internacional, además de haber sido promovida por una minoría de capitalistas de doble nacionalidad, siendo así, excluyente, marginal, divorciada del sentido de nación y de pueblo, reflejándose en las políticas desarrolladas por el Estado, incluida ahí la política criminal que justifica el *jus puniendi* del Estado:

En este tipo de formación social, el sistema penal va, necesariamente, a ser un sistema desigual, reflejando los intereses y protegiendo, de forma especial, los bienes jurídicos propios de esa minoría, que constituye las llamadas clases sociales dominantes, de modo a funcionar como instrumento de conservación y reproducción de esa estructura social, que, en su esencia, es una estructura injusta, de modo de ser un instrumento de dominación, a servicio de una orden exploradora y opresora de las grandes mayorías de desposeídos. [48]

Ese sesgo patrimonialista del derecho penal clásico sustenta un modelo social fundamentado en la exclusión social del hombre sin propiedad, al mismo tiempo en que mantiene las regalías de los detentores de la riqueza producida por la interdependencia social. Se trata de un posicionamiento político del Estado brasileño, que merece ser cuidado por el jurista del novel paradigma penal, notoriamente por la necesidad imperiosa de entender al hombre en cuanto ser concreto, fruto de su tiempo y de las relaciones sociales a las cuales se encuentra preso, y no como un ser abstracto, dado ser esta la consideración iluminista de hombre que esposo la teoría clásica del derecho penal. [49]

[48] Karam, Maria Lúcia. "De Crimes, Penas e Fantasias". 2ª ed. Niterói - RJ: Luam. 1993. p.74.

[49] En este sentido la lección de Munõz Conde y García Arán, citados en nota de pie de página por Luiz Flávio Gomes, *Ob. Cit.*, p.140:"De este modo se abusa del derecho penal como sistema de represión en defesa de las minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales –a la propiedad privada, por ejemplo– con la misma

Cuando el derecho penal asume el encargo de instrumento para la dominación de clases, surgen los tipos penales del autor (que desconsideran cualquier acontecimiento de hecho concreto), los tipos penales de cuño exclusivamente moral (control social y protección de bienes irrelevantes), y los tipos penales que protegen bienes que en verdad son incapaces de ser alcanzados (imputación de hecho sin ofensa). [50]

Así, la ciencia penal carece de la aplicación de instrumentos de pesquisa interdisciplinares para que la ley penal pueda buscar mayor eficiencia frente a los delitos, con todo, pautada en la teoría de la exclusiva protección de los bienes jurídico-penales, en el principio de la ofensa, en la dignidad de la persona humana, y en todos sus desdoblamientos previstos en la Carta Política.

Al defender que los Estados latino-americanos poseen una fuerte tendencia al Autoritarismo, el profesor LUIZ FLÁVIO GOMES propone con toda la cátedra, que es necesario una reformulación política y dogmática del derecho penal, a través de los principios de la exclusiva protección de los bienes jurídico-penales y de la ofensa, con el fundamento mayor de la materialidad constitucional y el objetivo legítimo de la promoción de la dignidad de la persona humana:

(...) reuniendo condiciones de impedir que el Derecho penal se transforme en medio de protección del propio Estado, de los que ejercen el poder, de sus particulares intereses o de su ideología, o mismo de instrumento de sanción de meras violaciones de la norma (imperativa), en lugar de la tutela de auténticos bienes jurídicos individuales o supra-individuales y de la punición de actos verdaderamente ofensivos a tales bienes jurídicos. [51]

---

gravedad o inclusive más gravemente que los ataques a la vida, a la salud, o a la libertad, o considerando como 'derechos naturales', inmutables y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de quien tiene el poder."

[50] La ampliación exacerbada del derecho penal fue preocupación de BECCARIA, notoriamente porque previa en ese camino la creación de un sistema de protección de la minoría dominante, cuando aseguro que: "Ahora, en cuanto más se extiende la esfera de los crímenes, tanto más se hará que sean cometidos, porque se verán los delitos multiplicarse en la medida que los motivos de delitos especificados por las leyes fueron más numerosos, sobre todo si la mayoría de esas leyes no pasaran de privilegios, esto es, de un pequeño número de señores".(Dos Delitos e Das Penas. Tradução de Paulo M. Oliveira. Río de Janeiro: Ediouro. p.126)

[51] GOMES, Luiz Flávio. "Princípio da Ofensividade no Direito Penal". San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2002. p.30.

Al lanzarse una visión panorámica de las teorías jurídicas más actualizadas, se ve que hay una aproximación de todas las ramas del derecho en dirección a la Constitución Federal, por fuerza del nuevo constitucionalismo denominado 'pós-positivista', esposado por el profesor Paulo Bonavides, entre otros, donde los Principios Constitucionales son aplicados como Principios Generales del Derecho, consecuente de ahí el "derecho civil-constitucional", el "derecho procesal-constitucional", el "derecho penal-constitucional", etc... [52]

La aproximación de todo el ordenamiento jurídico en relación al derecho constitucional material, reconociendo la primacía de este último, fuerza evidentemente una lectura política del derecho, de modo que los principios del derecho penal esposados en la legislación ordinaria deben ser entendidos como desdoblamientos de los principios constitucionales principalmente dotados de fuerza normativa.

Esa fuerza normativa de los principios constitucionales debe orientar todo el sistema de control social represivo institucionalizado, desde la política criminal, el momento de la elaboración y aprobación de la ley, la sistematización del derecho penal hasta la ejecución de la sentencia condenatoria, proveyendo presupuestos de racionalidad para la restructuración del derecho penal que actualmente se encuentra en crisis dada la 'inflación legislativa', la falta de una coordinación criteriosa en la elección de las conductas efectivamente ofensivas en frente de la finalidad electoralista que oriento la aprobación de recientes estatutos penales extravagantes, y del casuismo arbitrario adoptado por los legisladores ordinarios, dentro de otros motivos (*Populismo Penal*).

En el presente estadio de la sociedad posmoderna, el derecho penal, por razones históricas, políticas e ideológicas, se encuentra en franca dilatación, dada la amplitud que alcanzo en ese fin de siglo, haciendo surgir nuevos delitos y formas de punición que hasta buen poco tiempo eran desconocidas. El derecho penal dilatado posmoderno se muestra multifacético, con una doble valoración proclamada por la doctrina, que en parte lo ve razonable, pero de otra banda lo comprende como abusivo sistema de violencia contra el hombre.

[52] *v.* Bonavides, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 11ª ed. San Pablo - SP: Malheiros. 2001.

Hay en la actualidad un movimiento dialéctico de descriminalización y criminalización concomitante. Esto ocurre, entre otros motivos, influenciado por el momento histórico conflictivo, de racionalización del derecho penal (derecho penal mínimo), en el mismo paso en que la política y la economía provocan el agravamiento de la marginalización y criminalidad en los grandes centros urbanos, reclamando un derecho penal máximo, formateando una política criminal contradictoria y confusa.

Para JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, hay una *racionalidad* en la "expansión del derecho penal" en lo que se refiere a la aparición de 'nuevos intereses' tutelados por el derecho, lo que implica en la necesidad de su dilatación para que se haga la protección de esos nuevos bienes jurídicos que, dígase de pasaje, florecen conforme el trascurrir de la historia, y que se imponen como una necesidad palpable antes incluso de pensar que son apenas fruto del capricho de una determinada política pública:

El derecho penal es un instrumento calificado de protección de *bienes jurídicos* especialmente importantes. Fijado este punto, parece obligatorio tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos – de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes –, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían anteriormente, que podría legitimar su protección por medio del derecho penal. [53]

Se refiere el autor a los derechos humanos de segunda y tercera generaciones, notoriamente los intereses difusos que trajeron la luz de una nueva dimensión de defensa del hombre, puesto ahora en su debido lugar, o sea, en el seno de la sociedad, donde vive bajo objetiva interdependencia social.

Las relaciones de consumo, la defensa del medio ambiente, del patrimonio público, social, histórico, artístico, paisajístico, cultural, *etc...*, crearon la necesidad urgente de ampliación del derecho penal clásico, dada su relevancia para el mundo posmoderno y la difusión de las víctimas de los actos que les son lesivos, que pueden hasta encontrarse por todo el globo terrestre en frente de la economía globalizada.

[53] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. "A Expansão do Direito Penal". Tradução da 2ª edição espanhola por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2002. p.27.

Esa ampliación del derecho penal para la defensa de los derechos humanos que se van afirmando conforme el desarrollo de la historia, es absolutamente legítimo y necesario, pues esos bienes jurídicos representan los valores fundamentales del orden constitucional de un Estado que pretenda ser contemporáneo. Si el rol de los derechos humanos se va ampliando, el derecho penal habrá de seguir en el mismo paso.

Con todo, aunque el derecho constitucional haya evolucionado significativamente en ese sentido, muchos doctrinarios del derecho penal como sistema aislado, no han conseguido acompañar tal evolución, habiendo aún quien tenga reservas en cuanto a los derechos humanos difusos y colectivos. Así, Juarez Tavares entiende que estos "son derechos puramente comunitario o estatales y no verdaderos derechos humanos, (...)". [54]

Para esta cuestión existen dos alternativas de fondo: o se continua a ver al hombre como una abstracción, un ser solitario y melancólico viviendo en una zona estratosférica aislada, al gusto del iluminismo, o si ve que el hombre es un ser concreto, viviendo en una sociedad históricamente determinada, realizando comunicación intersubjetiva por dependencia consecuente de la configuración social, y portador de derechos que se realizan socialmente, sean individuales o colectivos, pero siempre en comunidad.

En cuanto a decir que estos derechos son 'estatales', representa una comprensión equivocada del fenómeno, por cuanto el propio Estado, algunas veces se presenta como un gran violador de esos derechos, pues no le pertenece la titularidad, como todo derecho humano. La única manera de entenderse que esos derechos son 'estatales', es tener como sinonimia, Sociedad y Estado, lo que se encuentra superado desde la revolución inglesa del siglo XVIII.

Es preciso reconocer, por ejemplo, que es un derecho humano vivir en un medio ambiente equilibrado, con todo, tal derecho existe en función del hombre que vive en sociedad (más aún, como todos los otros), pues su concretización solamente es posible socialmente, por cuanto el objeto de ese derecho no es fraccionario. Es un derecho que se ejerce contra la actividad privada potencialmente contaminante, bien como contra el Estado, que ahora también puede ser un efectivo contaminador y también se presenta como

[54] *Op.Cit.*, p.146.

un garantizador de la actividad ajena, por medios administrativos de prevención.

La introducción de los derechos humanos de tercera generación en los ordenamientos jurídicos nacionales ocurre de manera absolutamente revolucionaria pues, no acarrea la transformación y ampliación apenas del derecho penal, sino también revoluciona las leyes procesales, antes destinadas apenas para la resolución de conflictos individualizados, y el derecho civil, que tiene de rever el concepto de derecho subjetivo absoluto, su elemento más íntimo. En verdad, los derechos humanos de tercera generación provocan la creación de una nueva estructura de juridicidad, un novel paradigma científico para el derecho.

Esa radical transformación resulto da pasaje del Estado liberal para el Estado social, lo que caracterizó las mejores actuaciones políticas del Estado occidental en el siglo XX. En esta mutación de modelo estatal, el derecho dejó de comportarse como un culto a las formalidades propias del ordenamiento jurídico para aproximarse del cotidiano social del Pueblo, y para la efectividad de la promesa revolucionaria de libertad, igualdad y fraternidad, en adelante materiales, palpables.

Siempre que el derecho se aproxima del cotidiano de las relaciones sociales en la sociedad posmoderna, pasa a comulgar inexorablemente de su complejidad, haciéndose reflejar en un derecho cada vez más complejo. En este sentido, al derecho no es más permitido retroceder para el vetusto sistema de formalidades distantes y estériles, a menos que se pretenda el sacrificio de la realidad.

De otra banda, el avance de la tecnología propicia la aparición de nuevos mecanismos de cometer lesión, o crear riesgos prohibidos y relevantes a los bienes jurídicos penalmente tutelados, como en el caso de los delitos cometidos por computadora o vía *internet*, los llamados *computer crimes* o *ciberdelincuencia*, como prefiere el profesor SILVA SÁNCHEZ, lo que promueve una expansión del derecho penal para la represión a las nuevas modalidades de crímenes.

Entiende el profesor RENÉ ARIEL DOTTI que esos nuevos instrumentos y medios de cometerse delito provocan un desarrollo contradictorio en la política criminal, al poner en movimiento simultaneo la criminalización y la descriminalización, de modo que, en la actual fase de su elaboración, tiende para un lado y para el otro, no dejando evidentemente clara cuál es la intención criminológica del Estado.

La política criminológica no se debe anclar, exclusivamente, en la obra de descriminalización. Así, como las mudanzas sociales vuelven inocuas ciertas conductas, también surgen otras formas de actividad que deben ser sometidas a la ley criminal o sufrir la incidencia de un refuerzo de punición. [55]

En este aspecto, se percibe en el derecho penal el reflejo del perfeccionamiento de la técnica (conocimiento técnico) que impulsa al mundo posmoderno, pues, al realizarse una investigación sobre las consecuencias del avance de la tecnología en la sociedad, se verificará que nada escapa a su poder de influencia y transformación, inclusive la propia manifestación de la personalidad humana, en adelante masificada. Se trata de una expansión del derecho penal que sigue el avance de las relaciones sociales esposadas en la tecnocracia.

En otro sentido, observándose un lado más negativo de la expansión legislativa criminal, la dilatación del derecho penal como abusivo sistema de violencia contra el hombre, nació en los EUA, en frente de la política neoliberal del *law and order*. Este sí, la cara irracional de la ampliación del sistema penal.

Aceptada en razones pseudofilosofica, la *law and order* rescata las más anacrónicas y violentas teorías que fundamentaron o Estado policial del Liberalismo Clásico, donde el sistema penal tenía la función de controlar a los marginalizados y desposeídos, en beneficio de la manutención de los privilegios de las clases dominantes.

El neoliberalismo, única ideología aplicada en la historia, concomitante, en escala planetaria, se basa en el fin del Estado social y en el resurgimiento del Liberalismo con nuevo ropaje, propagando la competitividad en todas las instancias de la vida social, en la industria, en el comercio, en los mecanismos de especulación financiera, en la política, en la familia, entre amigos, provocando la explosión de la miseria, de la informalidad de los empleos y en la deterioración de la red de protección social que fundamentaba el Estado social.

La consecuencia de la aplicación de las políticas neoliberales para el sistema penal es la explosión de la violencia en la criminalidad de calle, la banalización de los valores esenciales para la vida

[55] Dotti, René Ariel. "Reforma Penal Brasileira". Río de Janeiro – RJ: Forense. 1988. p. 38.

en sociedad, y el crecimiento vertiginoso de la violencia policial y de la comunidad carcelaria, dejando todo el sistema en crisis.

Con todo, para el discurso neoliberal, no hay relación entre la competitividad desregulada en la economía y en la sociedad, y el crecimiento de la criminalidad en las calles. Para los neoliberales, la criminalidad resulta de otros factores como, *verbi gratia*, el racial, o el genético.

La farsa de las razones pseudofilosoficas y pseudocientíficas, es muy bien expuesta por el profesor LOÏC WACQUANT, que detalladamente demuestra cómo funciona la verdadera fábrica de ideología que masifica el pueblo norteamericano y se esparce por el mundo, como en el caso de la 'biblia' neoliberal "*losing ground*" de CHARLES MURRAY, confeccionada y vendida como un producto ideológico:

Charles Murray era un politólogo ocioso de reputación mediocre. El Manhattan Institute lhe ofereceu 30.000 dólares y dos años de tranquilidad para escribir *losing ground: American Social Policy, 1950-1980.* Después el organizo, con sus aliados en los campos jornalístico y burocrático, un alarido mediático sin precedentes en torno del libro. Un especialista en relaciones públicas fue contratado para promoverlo; un millar de copias fue enviado a título de gentileza a periodistas, electos e investigadores cuidadosamente tamizados. Murray fue "colocado" en el circuito de los *talk shows* televisados y de las conferencias universitarias, y encuentros fueron organizados con directores y comentaristas de la prensa. [56]

Se trata de la receta posmoderna para la transformación de un discurso ideológico en teoría científica refinada.

Para Murray, el Estado precisa desarrollar una política de 'tolerancia cero' para reprimir los 'disturbios' patrocinados por las bajas camadas de la población, residentes en 'barrios sensibles' y poseedora de una fuerte inclinación racial o psicológica al crimen.

Agrega aún el profesor LOÏC WACQUANT que antes mismo de la obra de MURRAY, GEORGE GILDEN había presentado a la sociedad norteamericana "*Wealth and Poverty*", donde defendía que "la fuente de la miseria en los Estados Unidos ya se encontraba en la 'anarquía familiar entre los pobres concentrados en la *inner city*". [57]

[56] WACQUANT, Loïc. "As Prisões da Miséria". Río de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001. p.17/18.

[57] *Op.cit.*, p.23.

Y como no podría dejar de ser, tratándose de Liberalismo burgués, el vetusto Darwinismo Social fue rehabilitado, incluso tratándose de la mayor perversión que el pensamiento occidental ya creo y justifico. Fue el propio Charles Murray, de esta vez con la colaboración del psicólogo de Harvard Richard Herrnstein, en el burlesco y anacrónico "*The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*", quien sustentó que criterios raciales determinan el coeficiente de inteligencia de los individuos, su propensión al crimen, su capacidad para ser rico o miserable, además de la habilidad para cumplir los ritos sociales que caracterizan la ya contradicha "civilidad". [58]

Esa "filosofía de supermercado" en el decir de Loïc Wacquant, dió los fundamentos teóricos para la expansión del derecho penal en el sentido de la 'tolerancia cero', del abalo a los derechos humanos fundamentales, notoriamente por el discurso académico, por la inseguridad generalizada en que vive la sociedad en los días actuales, y principalmente por el apoyo del medio como instrumento de persuasión, convencimiento y formación de la opinión pública.

Del rescate del Estado policial liberal transcurren: el debilitamiento de los derechos humanos que pasan a ser comprendidos como protección a bandidos; el agravamiento de las penas previstas en la ley; la inflación legislativa penal, a través de la sugestión de que el derecho penal es el remedio apropiado para tratar de problemas económicos y sociales; la diseminación de la inseguridad generalizada por el medio; el apelo incesante del medio que clama por mecanismos más violentos de control de la criminalidad; y la superpoblación carcelaria, donde los presidios se vuelven verdaderos depósitos de la gente.

Todas estas cuestiones pasan a ser ponderadas por los científicos y políticos oficiales, menos la relación de causalidad que hay entre el neoliberalismo y la explosión de la criminalidad.

Siendo así, queda en evidencia la necesidad de una nueva interpretación del derecho penal en frente de la Política y de la Ideología, del Derecho Constitucional, de la Política Criminal, de la Criminología, y de otras Ciencias Sociales, como la Sociología y la Historia, para una comprensión profunda de la Fenomenología Jurídica que circunda el crimen.

[58] *Op.Cit.*, p.24.

Para además de una interpretación confusa de la norma penal, del tipo liberal-burgués o humano-patrimonialista, el derecho penal ora se presenta alcanzado en ciencia, ora en pura ideología, pero siempre como directriz de una determinada política, sea en el sentido de viabilizar la dignidad humana o para fines de dominación de la masa desposeída (a través del encarcelamiento de la población miserable, como dice el profesor LOÏC WACQUANT), careciendo, entre tanto, de visión crítica para identificar el mensaje subyacente al texto legal represor, y en un segundo paso, para viabilizar el juzgamiento que el propio jurista debe hacer de su contenido subliminar.

2.2. *El problema de la causalidad física*

El primer aspecto que debe ser ponderado, cuando se pretende entender la causalidad física o mecánica de la naturaleza, es que su idea implica siempre en movimiento, de modo que no es posible establecer una comprensión, mismo que apenas aproximativa, partiéndose de la noción de que las cosas o los fenómenos están estáticos o tienden a quedar estáticos.

Sin embargo de la divergencia filosófica griega establecida entre HERÁCLITO DE ÉFESO (cerca de 540-500 a.C.), según el cual existe movilidad y transformación incesante de todo lo que fluye en el universo, y PARMÉNIDES (cerca de 530-460 a.C.) que en sentido contrario propagaba la inmovilidad e inalterabilidad del ser, hace tiempos que la filosofía occidental confirma la teoría de HERÁCLITO, tan intensa y coherente que tanto sirvió para fundamentar teorías religiosas como para aceptar el Materialismo Histórico, también conocido de dialéctico, de cuño ateísta.

En el oriente, es propio de la cultura, de la religión, y de la comprensión de mundo, la movilidad e inconstancia de todo lo que es manifestado. Tanto el Budismo, el Taoísmo como el Vedantismo, comprenden la existencia universal como algo en constante crisis, especialmente por el hecho del cosmos ser resultado de la interacción de dos fuerzas contrarias que se atraen, demostrando que la comprensión dialéctica del mundo nació de la religión.

El sublime texto védico *Bhagavad Gītā*, arcaico episodio de la epopeya hindú *Mahābhārata*, datado de aproximadamente 3.000 a. C., por tanto, mucho antes del famoso 'milagro griego' en la Filosofía occidental, predica la inconsistencia de la idea de inercia, por reconocer que el universo está siempre en movimiento:

Y, en realidad, no hay cosas que se puedan designar por la palabra inactividad; pues todo, en el Universo, está en actividad constante, y nada puede substraerse a la ley general. [59]

De la China antigua, la lección del iluminado Lao-Tsé según el cual "El *Tao* fluye sin cesar", también forjó en la consciencia del hombre oriental el movimiento y la transformación asidua de la naturaleza, principalmente por el hecho de que mucho de su religiosidad fue concebida por la contemplación del mundo, con todo, reconociéndose el filósofo como integrado y sumergido al todo natural, y no como alguien en separado y dotado de una característica especial que legitime su destino y objetivo de dominarla como hembra. [60]

Varios son los escritos religiosos del oriente que expresan esa comprensión del mundo, de datas inmemorables hasta los días actuales, lo que mereció el comentario del físico teórico Fritjof Capra, que relaciona la Filosofía de la Física moderna con la Tradición Religiosa oriental:

Cuanto más estudiamos los textos religiosos y filosóficos de los hindús, budistas y taoístas, tanto más evidente se vuelve el hecho de que en todos ellos el mundo es concebido en términos de movimiento, flujo y mudanza. Esa calidad dinámica, de la filosofía oriental parece ser una de sus características más importantes. [61]

En el occidente, el reconocimiento del movimiento incesante de la naturaleza fue atribuido a la filosofía de Heráclito, de modo que desde la Grecia antigua hasta la posmodernidad, mismo que en evolución conceptual no-linear, la mecánica pasó a ser un dato apriorístico de la Epistemología.

Superado este punto, la Filosofía occidental partió para la discusión sobre la causalidad en el movimiento, o sea, el nexo que une hechos antecedentes y consecuentes de modo a permitir y determinar los efectos de una dada acción sobre el mundo. Fue teniendo esta causalidad como objeto de especulación científica que Laplace inauguró el 'determinismo universal' como paradigma científico y doctrina filosófica del mundo moderno, creando la idea de linealidad de los acontecimientos cósmicos, tan fuertemente defendida y

[59] Bhagavad Gītā. "A Mensagem do Mestre". Tradução de Francisco Valdomiro Lorenz. San Pablo - SP: Pensamento. 1993. p.44.

[60] Lao Tsé. "Tao Te King". Tradução de Margit Martincic. Texto e Comentário de Richard Wilhelm. San Pablo: Pensamento. 1995. p.40.

[61] Capra, Fritjof. "O Tao da Física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental". San Pablo: Cultrix. 1992. p.148.

aceptada en evidencias empíricas que se relajaba hasta en el espacio social, inclusive (Positivismo Sociológico). Aún hoy, ya quien aplique en las ciencias la noción de determinismo absoluto de la causalidad, no obstante, la historia haya demostrado que la aplicación de ese preconcepto en las ciencias sociales es utilizado esencialmente para fines de dominación y exclusión de individuos de la vida social, notoriamente cuando se traba de medio científico idóneo para determinar la superioridad de padrones raciales, culturales y hereditarios, o como instrumento para justificar la pobreza de determinadas parcelas de la población, o aún la riqueza de otra minoría.

Con todo, en la Edad Moderna, quien fundamento ese posicionamiento filosófico de LAPLACE, fue el más amplio trabajo elaborado sobre la mecánica de la naturaleza, realizado por ISSAC NEWTON (1642-1727), que la describía como un mecanismo secuencial de hechos ligados entre sí por la linealidad y pela uniformidad, de modo de permitir al hombre el conocimiento matemático de todo, promesa ya hecha por GALILEO en las pesquisas de Física que realizó en la baja Edad Media. Esa mecánica newtoniana se basa, entre otros criterios, en el movimiento uniforme y en la velocidad constante de los cuerpos, además de divulgar que, en el movimiento de los cuerpos en el universo, no existe la incidencia de una voluntad divina o sobrenatural, apenas fuerzas de atracción y repulsa, movimiento e inercia, absolutamente naturales (dicotomía entre objetividad y subjetividad dada la ausencia de esta última en el movimiento natural). [62]

Para WERNER HEISENBERG (1901-1976), la distinción entre materia (objetividad) y espíritu (subjetividad) fue elaborada primeramente por PLATÓN, todavía fue con RENÉ DESCARTES (1596-1650) que la dicotomía se volvió extrema a través del entendimiento de que la naturaleza (*res extensa*) es el objeto de la ciencia, al paso en que las cuestiones del alma (*res cogitans*) quedan a cargo de la filosofía y de la religión, lo que venía siendo llevado a efecto desde

[62] Sobre este aspecto, comenta Stephen Hawking: “El éxito de las leyes de Newton y de otras teorías físicas llevo a la idea de determinismo científico, expresa por la primera vez en el inicio del siglo XIX, por el científico francés marques de Laplace. Laplace afirmo que, si conociésemos las posiciones y velocidades de todas las partículas del universo en determinado momento, las leyes de la física deberían permitir que preveamos el estado del universo en cualquier otro momento del pasado y del futuro.” (HAWKING, Stephen. “O Universo Numa Casca de Noz”. Tradução de Ivo Korytowski. 4ª ed. San Pablo - SP: ARX. 2001. p.104).

la antigüedad y que legitimó la formulación de teorías que pretendían demostrar racionalmente el ateísmo mecanicista, o mejor, el movimiento cósmico desprovisto de una intencionalidad subjetiva.

Esa dicotomía patrocinada por Descartes fue el elemento instrumental que permitió el desarrollo de la física del período moderno, a través de la idea de causalidad universal mecánica absolutamente desprovista de la participación del hombre o de Dios, o sea, desprovista de subjetividad (*determinatio pure extrinseca*).

De las formulaciones de la mecánica de la física newtoniana para la aplicación de sus premisas sobre las otras ciencias y la filosofía hubo un salto instantáneo que produjo la Filosofía determinista, pragmática y utilitarista, que domino la Epistemología occidental hasta que Einstein provocase su primera crisis, en frente de la elaboración de la Teoría de la Relatividad, en el inicio del siglo XX.

Esta demonstración de la influencia de la Física de la naturaleza sobre todos los aspectos del conocimiento formulado en el occidente revela aquella dependencia metodológica que las demás ramificaciones de la ciencia tienen para con la primera, aspecto ya explorado en otro pasaje, pero muestra también el ideario griego del *estoicismo*, del vivir y conocer conforme la naturaleza, de modo que, la forma como esta se presenta debe servir como paradigma para el desarrollo del conocimiento, de la moral y de los valores humanos. [63]

Otras observaciones pueden ser hechas a partir del *estoicismo* griego, para entender mejor esa vertiente del pensamiento occidental. Primero, se debe ponderar que el estoicismo surgió con Zenón de Citio (320-250 a. C.) ya en la época pos-socrática, marcada por el dominio del imperio macedónico y por la influencia de aquella misma Filosofía oriental que venía de la parte asiática del

[63] Demostrando un poco la influencia de la ciencia física en la teoría jurídica, Pontes de Miranda trae a colación la información de la teoría de Wilhelm Ostwald (*Die Forderung des Tages*, Leipzig, 1911), mismo teniéndola por "ineficaz", con todo basada en la energética: "El aspecto *físico* del derecho fue estudiado por Wilhelm Ostwald, que aplico a la teoría del derecho los principios e ideas de la energética. La pérdida de energía es vulgar en todos los fenómenos: la máquina de vapor pierde cerca del 70%, y la eléctrica, de 5 a 10%; el cambio de la moneda de un país por la de otro pierde la comisión del cambista y no se podrá deshacer, esto es, cambiar esta por aquella, sin nueva perdida. La civilización resulta del aprovechamiento y ahorro de energías."(Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. "Sistema de Ciência Positiva do Direito". Tomo II. 1ª ed. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas - SP: Bookseller. 2000. 82).

imperio, razón por la cual su noción de vida conforme la naturaleza tiene el mismo origen religioso del oriente. En segundo lugar, que esta filosofía estoica es uno de los pilares fundamentales de la filosofía griega, especialmente la aristotélica, y que lanzo sus efectos en todas las fases de la historia occidental, inspirando a los hombres en su actuación concreta. Con todo, en el occidente, la "vida conforme la naturaleza" se perdió en contenido, distanciándose de la religiosidad, asumiendo apenas el papel de instrumental metodológico o de interpretación de paradigmas formales.

Fue en este último contexto que la física se apropió del carácter de 'madre de las ciencias', pues al final revela el funcionamiento de la naturaleza que debe ser seguido en todos los niveles del conocimiento humano. FRANCIS BACON (1561-1626), por ejemplo, no ahorró elogios a la Filosofía de la Naturaleza, llamando de "*filosofía primera*": "Y tengase en cuenta que la filosofía natural debe ser considerada la gran madre de las ciencias." [64]

La relación entre Física y padrón normativo social (Ciencia del Derecho) es mucho más íntima de lo que se imagina, pues el propio EINSTEIN no recibió un premio Nobel de Física por su Teoría de la Relatividad en frente de la contestación que la idea de relatividad trajo a los padrones normativos absolutos que reinaban en la Europa de entonces. A este respecto, el físico STEPHEN HAWKING observó que: "Muchas personas creían que ese concepto era perturbador: ¿el implicaría, preguntaban ellas, que todo era relativo, que no había padrones morales absolutos?". [65]

La respuesta de la teoría de EINSTEIN por cuenta de la nueva visión del mundo que la Física del siglo XX creo, revela el dato sociológico de los descubrimientos científicos, o sea, la interferencia del contexto social e histórico en los procedimientos de producción (*ars inveniendi*) y justificación (*ars probandi*) de la ciencia.

Por más perturbadora que sea para el europeo, la afirmación de que todo es relativo, inclusive el espacio y el tiempo, esa asertiva esencialmente budista hecha por EINSTEIN, apenas rescato la unidad primordial de los matices del pensamiento occidental con la religiosidad del oriente.

---

[64] BACON, Francis. "Novum Organum". Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. Col. Os Pensadores. San Pablo: Abril Cultural. 1999. p.62.

[65] *Op.Cit.*, p.11

Todavía, el salto epistemológico de la Física mecanicista para toda la ciencia occidental cargó consigo la inexorable simplificación teórica newtoniana, pues la construcción de la teoría de Newton solo fue posible con el desprecio de la fricción, que no fue considerado en sus formulaciones, sino que es una grandeza efectiva que incide sobre los cuerpos y que imposibilita la idea de movimiento uniforme absoluto. Así, varios pensadores, con el objetivo de promover la relación de causalidad a nivel filosófico, partieron para esa simplificación teórica, como Leibniz, para quien "*causa* es aquello que produce alguna idea simple o no compleja, *efecto* es aquello que es producido". [66]

Esta "idea simple" de Leibniz representa una simplificación de la propia causalidad a través de la identificación de la *"causaeficiente"* que debe ser identificada como "aquello que produce, y efecto es aquello que es producido", en el decir del pensador moderno. [67]

Siguiendo esta misma conceptuación filosófica tendiente a la simplificación de la causalidad, para el prof. Giulio Battaglini la causa eficiente "es aquello por lo que alguna cosa es hecha: *id a quo a liquid fit*; aquello que, por sí mismo, por su virtud propia, produce el efecto, y por eso toma el nombre de eficiente". [68]

La simplificación de la causalidad física que nació de la física newtoniana, pasando por la filosofía, llego a la teoría del crimen en el derecho penal a través de varias formulaciones como, la Teoría de la Causalidad Adecuada que, sin distinguir entre condición y causa, busca la causa más eficiente para la producción del resultado, y la Teoría de la *condictio sine qua non*, también llamada de Equivalencia de los Antecedentes, que representa una simplificación generalizada de los acontecimientos materiales anteriores (*ex ante*) al resultado delictivo, debidamente concatenados entre sí, y que fue acogida, según la doctrina nacional, por el Código Penal brasileño en su art. 13 de la parte general.

Según la disposición final en el *caput* del art. 13 del CP: "Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no habría ocurrido". Se verifica entonces que, por esta disposición, todas

[66] Leibniz, Gottfried Wilhelm. "Novos Ensaios Sobre o Entendimento Humano". Tradução de João Luiz Baraúna. Col. Os Pensadores. San Pablo - SP: Nova Cultural. 1988. p.167.

[67] *Idem, Ibidem.*

[68] Battaglini, Giulio. "A Interrupção do Nexo Causal". Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2003. p.40.

las circunstancias que anteceden al resultado son causa y tiene el mismo valor para su producción.

Así, la simplificación de la causalidad material para fines de medición de la conducta delictiva, revela también una nivelación de los antecedentes, además de la eliminación de un elemento probabilístico, como manifestación de la tendencia propia del determinismo universal de LAPLACE. Obsérvese la lección del profesor DAMÁSIO DE JESUS:

Causa es toda condición del resultado y todos los elementos antecedentes tienen el mismo valor. Inexiste selección entre las conductas, causas y concausas: todas poseen la misma relevancia. No hay diferencia entre causa y condición, entre causa y concausa, entre causa y ocasión. De modo que conductas relevantes e irrelevantes tienen igual peso. Estas, aún que, sin importancia, son consideradas causas del evento. [69]

Así mismo, favoreciendo el enfoque de la simplificación de la causalidad penal, aquella división entre *res extensa* y *res cogitans* hecha por DESCARTES, sirvió de fertilizante para que la doctrina del derecho penal debatiese la causalidad de modo puramente objetivo, o sea, como determinación de elementos puramente extrínsecos, razón por la cual la escuela naturalista defendió y valoró la acción humana en el momento de la verificación de la tipicidad del hecho sin el elemento subjetivo del dolo o de la imprudencia, que quedaron en la culpabilidad, con verificación disociada y *a posteriori*.

La 'causa eficiente' de la Teoría de la Causalidad Adecuada, representa la simplificación por la calificación de un evento o estado precedente al resultado, entre muchos, como algo que efectivamente fue el responsable por el resultado. Esto implica en desconsideración de otras causas, en disminución del campo especulativo de la causalidad, lo que, en suma, representa la posibilidad de substracción de concausa, evento o estado no aparente, pero que, en realidad, contribuye para el resultado con igual relevancia. De ahí, hay un serio defecto metodológico en esta teoría, pues la exclusiva causalidad material simplificada del delito como criterio para la determinación de la responsabilidad penal del agente, se puede establecer sobre un error de hecho, al considerar como relevante lo que no es, o desconsiderar la primordial causa que por

[69] JESUS, Damásio Evangelista de. "Imputação Objetiva". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.06.

ventura no esta aparente en el momento de la verificación (creciente arbitrariedad).

Por esta razón fue que John Stuart Mill (1806-1873) partió contra la simplificación de la causalidad material aceptada en la búsqueda de la 'causa eficiente', pues para él, la tela casual resulta de la combinación y del encuentro de varias circunstancias autónomas que, relacionándose, provocan un resultado:

Es raro, si es que esto ocurre alguna vez, que, entre un consecuente y un único antecedente, subsista esa secuencia invariable. Generalmente es entre un consecuente y la suma de varios antecedentes, siendo exigida la concurrencia de todos para producir lo consecuente. (...) La causa real es el todo de esos antecedentes, y no tenemos, filosóficamente hablando, derecho de dar el nombre de causa a uno de ellos solamente, independientemente de los otros. [70]

Otras teorías de derecho penal, percibiendo, aunque por vía oblicua, que la simple causalidad material por determinación puramente extrínseca resulta en un equívoco y produce resultados absurdos, intentaran establecer la diferencia entre causa y condición, e introducirán elementos valorativos en la causalidad naturalística, como la 'Teoría de la Predominancia' de Binding, la 'Teoría de la Relevancia' de Max Ludwig-Müller, la 'Teoría Finalista de la Acción' de Hans Welzel y la 'Teoría Social de la Acción' de Jescheck y Wessels, entre otras. [71]

Esa introducción de elementos valorativos en el desdoblamiento de la conducta naturalista relevante para el derecho penal, representa su tendencia más actual, aceptada a través de la Imputación Objetiva.

Lo que interesa para esta pesquisa de derecho penal, es que se debe anotar con propiedad que todas las formulaciones elaboradas por la Física lanzaron sus efectos sobre el derecho penal, otorgando una justificativa científica apriorística para la confección y aplicación del tipo penal a los hechos ocurridos en la sociedad.

Así, la mecánica newtoniana fundamentó la creación del derecho penal naturalísimo, aplicado hasta fines del siglo XIX, mismo que presentase, por el hecho de su adopción aquella misma

[70] Stuart Mill, John. "Sistema de Lógica". Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. Col. Os Pensadores. San Pablo: Abril Cultural. 1979. p.186.

[71] Bruno, Aníbal. "Direito Penal: Parte Geral". Tomo I. Rio de Janeiro: Forense. 1978.

simplificación teórica creada por NEWTON, y consecuentemente, presentase los mismos defectos teóricos que la simplificación mecánica presento en la Física del siglo XIX.

El derecho penal naturalísimo asienta su comprensión de crimen sobre el desdoblamiento causal de la conducta humana, como un comportamiento que altera el dato material del mundo, independientemente de evaluación del elemento subjetivo del hombre involucrado en la tela causal como elemento necesario a la tipicidad de su conducta. Se trata de concepto establecido sobre la objetividad empírica del hecho, y revela, de cierta forma, aquella dicotomía formulada por DESCARTE y utilizada como fundamento del determinismo de LAPLACE, entre el movimiento objetivo y la subjetividad correspondiente. Sobre esta teoría penal, asegura el profesor LUIZ GRECO en introducción a la obra de CLAUS ROXIN traducida, *in verbis*:

El *naturalismo*, que era la perspectiva dominante de los fines del siglo XIX, ignoraba la dimensión valorativa de la ciencia jurídica y de sus conceptos. Para esta postura, modelos de ciencia son la física, la biología, la psicología. Si el Derecho quiere ser digno de ese título –ciencia– debe construir sus conceptos con base en el método empírico y valorado de estas ciencias de la naturaleza (de ahí: naturalismo). [72]

La teoría del derecho penal naturalista, por estar basada exclusivamente en el desdoblamiento material de la conducta humana, no consigue otorgar principios para los delitos omisivos impropios (entre otros paradigmas), puesto que su nexo de causalidad no es naturalista, mucho menos para imputar criminalmente una tentativa a alguien, cuando no hay justa posición entre hecho y norma represiva que legitime la pura incidencia normativa.

Esa es una cuestión relevante para el derecho penal, y de hecho contribuye para el descrédito del naturalismo. [73]

Con la crisis epistemológica de la Física clásica a partir de la relatividad de EINSTEIN, el derecho penal fue paso a paso liberándose del naturalismo e introduciendo otros elementos conceptuales

[72] GRECO, Luís. "Antecedentes Históricos da Moderna Teoria da Imputação Objetiva". *Apud* ROXIN, Claus. "Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução e introdução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.10.

[73] Contudo, atualmente, há ainda quem acredite na causalidade naturalista, como Jesús-María Silva Sánchez no "A Expansão do Direito Penal", San Pablo: RT. 2002. p.42.

a la conducta delictiva para la caracterización de su tipicidad (mediante un proceso de significación), para la incidencia de la norma penal incriminatoria, que liberaron el tipo de las amarras de la causalidad material. Entre tanto, esta afirmativa de una actual libertad del tipo penal en relación al paradigma naturalista científico del siglo XIX, es esencialmente no conclusiva, pues considerándose que el derecho como fenómeno, es una estructura carente de significado a ser atribuido por el científico del derecho, que lo tiene como objeto de investigación, la libertad conceptual en cuanto al tipo dependerá siempre de la significación que le fue dada por el jurista.

Posterior a la relatividad de Einstein vino la Teoría de la Mecánica Cuántica y el Principio de la Incertidumbre de Heisenberg, tan revolucionarias que hasta mismo el propio Einstein dudó en aceptarlas, asegurando su famosa frase según la cual "Dios no juega dados", pues, en adelante, la idea de casualidad mecánica determinista de la naturaleza había entrado en franca y radical crisis. El propio Einstein buscaba también comprender el universo como dotado de una cierta esteticidad, lo que quedo evidente cuando creo la ecuación de la 'constante cosmológica', mismo que, por fin, el mismo haya juzgado que la 'constante cosmológica' fue el mayor error de su vida. Así, su afirmación de que Dios no juega dados, representaba su rechazo al Principio de la Incertidumbre.

Aunque no totalmente descartada en la actualidad, la "constante cosmológica" de Einstein contribuyó para que la "teoría de la relatividad general" no se mostrase pasible, notoriamente en cuanto al origen del universo (origen de la causalidad universal). Así profesa Hawking cuando expone que "la relatividad general fallo al intentar describir los momentos iniciales del universo porque no incorporaba el principio de la incerteza, el elemento aleatorio de la teoría cuántica a que Einstein se había opuesto, con el pretexto de que Dios no juega dados. Entre tanto, todo indica que Dios es un grande jugador." [74](74)

Apunta Heisenberg que la causalidad, vista desde Kant como un dato apriorístico en la pesquisa científica, no es posible de utilización en la Física Cuántica. Ejemplificando, relata el físico

[74] *Ob. Cit.*, p.79.

alemán que un átomo de radio puede emitir una partícula alfa, con todo el instante de la emisión no puede ser previsto, se puede decir apenas que, en media, esto ocurre cada dos mil años, siendo que, hasta ahora, tal fenómeno aún no fue verificado. Prosiguiendo, el físico alemán sustenta que ese entendimiento produce varias conclusiones, entre ellas:

Conocemos el evento precedente pero no con gran precisión. (...) Este conocimiento, todavía, contiene la incertidumbre que proveen de la interacción entre el núcleo y el resto del mundo. Si quisiéramos saber porque la partícula alfa fue emitida en aquel particular instante del tiempo, tendremos que conocer la estructura microscópica del mundo entero, nosotros, en el incluidos, y eso no es factible. [75]

Ocurre que, cuando la causalidad física entra en crisis, todo el paradigma científico que se asienta sobre sus postulados también entra en crisis, de modo que así ocurrió la "ruptura epistemológica" que caracterizaría la ciencia a partir del siglo XX.

Para la mecánica cuántica las partículas subatómicas poseen un comportamiento no-linear, como corpúsculo o como onda, realizando un movimiento en el cual no es posible establecer simultáneamente su velocidad y su localización, siendo esa la noción básica del principio de la incerteza o indeterminación de WERNER HEISENBERG.

El dato primordial de esa renovación es que, el universo está compuesto de partículas que poseen un elemento aleatorio, y esto es revolucionario para la epistemología, notoriamente cuando se verifica que esa tendencia contingente se manifiesta en los sistemas mayores que el microscópico. [76]

Obsérvese aún a segunda ley de la termodinámica, conocida también por el término de la 'entropía', que según JAMES GLEICK representa "la tendencia inexorable que tiene el universo, y

[75] HEISENBERG, Werner. "Física e Filosofia". Série Métis. 4ª ed. Tradução de Jorge Leal Ferreira. Brasília - DF: Editora Universidade de Brasília. 1999. p.127.

[76] Obsérvese el ejemplo otorgado por Stephen Hawking: "Una mariposa batiendo las alas en Tokio puede causar lluvia en el Central Park de Nueva York. El problema es que esta secuencia de eventos no puede ser repetida. La próxima vez que la mariposa bata las alas, una serie de otros factores serán diferentes y también influenciarán el clima. Por ese motivo las previsiones del tiempo son tan dudosas."(*Op. Cit.*, p.104/105).

cualquier sistema aislado en el existente, de deslizar para un creciente estado de desorden." [77]

La segunda ley de la termodinámica presenta un modelo aún más revolucionario que la mecánica cuántica del comienzo del siglo XX, pues ahora el desorden aparece como una de las tendencias evolutivas del universo. [78]

La implicación sociológica del descubrimiento científico, o mejor, la relación que el descubrimiento científico guarda con la sociedad históricamente situada en el momento de su producción habrá de ser bien digerida por los padrones comportamentales basados hasta entonces en el supuesto (o relativo) conocimiento de la naturaleza. Durante toda la edad de la ciencia liberal-burguesa, el comportamiento destructivo de la competición capitalista estuvo (y aún está) aceptado en la idea de que se estaba (está) reproduciendo en la sociedad un comportamiento preestablecido en la naturaleza, por lo tanto, un padrón con un carácter anterior y superior a la solidaridad social, como un dato apriorístico intransitable (*darwinismo social*). [79]

Si los moralistas europeos repudiaron la relatividad de EINSTEIN en frente de la implicación de la relativización de sus

[77] GLEICK, James. "Caos: o nascimento de uma nova ciência". Río de Janeiro: Campus. 1989. p.247.

[78] La entropía ya fue objeto de consideración doctrinaria dentro del mundo jurídico, notoriamente por representar una noción contraria a la propuesta del sistema jurídico autopoiético de Niklas Luhmann, propuesta está que ya fue objeto de consideraciones en otro capítulo de esta pesquisa. Sobre la idea de Niklas Luhmann, en cuanto al sistema jurídico cerrado o aislado, el profesor Juarez Tavares asegura que: "Al contrario de que se consagro en las ciencias naturales, específicamente con el principio de la entropía, aplicable a partir de la formulación de la segunda ley de la termodinámica, según la cual el sistema que se pone, como un comportamiento cerrado, contra el ambiente se extingue gradualmente, porque pierde energía y se expone irreversiblemente a la desagregación del calor, quiere decir, regresa al ambiente, se parte de la idea de la necesidad de un continuo cambio del sistema con el ambiente, tanto en la forma de energía como de información, sin que, entre tanto, el sistema pierda su autonomía." (TAVARES, Juarez. "Teoria do Injusto Penal". 2ª Ed. Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2002. p.61).

[79] "La regla darwinista de la competición y de la sobrevivencia del más fuerte es aplicada a las leyes de marcado, principalmente por la doctrina del liberalismo económico. Se presupone que competitividad sea el principio natural –y por lo tanto universal y exterior al hombre– que asegura la sobrevivencia del mejor, del más fuerte y del más adaptado. Es preciso recordar que el mercado, como otros elementos de la cultura humana, obedece a leyes de organización social esencialmente humanas –y, por lo tanto, históricas–, resultantes del desarrollo de las relaciones entre los hombres y entre las sociedades." (COSTA, Cristina. "Sociologia: introdução à ciência da sociedade". 2ª ed. San Pablo - SP: Moderna. 2001. p.50)

normas de comportamiento y control social, ¿qué dirán de la termodinámica y la tendencia que el cosmos tiene para la aleatoriedad, o sea, para el Caos?

Como el más inexorable ataque a la causalidad absoluta de LAPLACE, la Teoría del Caos presenta el universo como un sistema no-linear, un sistema de pequeñas variaciones de movimiento que indujo el científico moderno al equívoco de creer en la linealidad de todo, pero que, una vez que se pueda ampliar esas pequeñas variaciones antes ignoradas, causarían el más completo desorden en el universo. [80]

En adelante, verificado que en la naturaleza todo es relativo, incluso la fundamental relación espacio-tiempo, para intitularse 'Jusnaturalista', debe el jurista partir de la premisa mayor según la cual el sistema jurídico, reproduciendo el sistema natural, está constituido de valores relativos, por lo tanto, modificables a través de la historia.

Siendo así, con la relevancia que el derecho penal tiene para la sociedad contemporánea, no podrían las teorías del tipo y del hecho típico quedar presas exclusivamente a la noción de causalidad naturalísima totalmente ultrapasada por la física pos-moderna. La propia idea de que la ciencia del derecho debe metodológicamente extenderse en las ciencias de la naturaleza exige, en adelante, una ruptura epistemológica con el paradigma de ciencia del derecho construido hasta el siglo XIX.

Por cuenta de estas revoluciones sufridas por la física, la ciencia del derecho penal en el siglo XX se vio obligada a elaborar nuevos modelos que no dependiesen tanto de la causalidad naturalísima para su verificación, pues esta había perdido su idoneidad para legitimar tal objetivo. La trayectoria de la estructuración de nuevos paradigmas para el derecho penal del siglo XX fue marcada esencialmente por la búsqueda de medios idóneos que fundamentasen la teoría del crimen, notoriamente por datos axiológicos

[80] La idea del determinismo mecanicista absoluto mostro un equívoco, representaba una manifestación de la propia subjetividad del científico que deseaba construir un mundo sobre bases y valores sólidos. La propia física newtoniana construyó un dato racional sobre el movimiento del universo, entre tanto despreciando el atrito, justamente la grandeza indisociable de la movilidad, el hecho que imposibilita la linealidad de la velocidad, salvo si, hipotéticamente, existió un atrito también uniforme, además de todos los otros factores y grandezas, lo que no es posible en la naturaleza.

objetivos, y que no dependiesen tanto de la causalidad naturalísima de los hechos.

2.3. ***Filosofía de la física del derecho penal***

Cuanto más se retroceder en la historia de la humanidad, más se verá que el conocimiento humano (Ciencia, Filosofía, Arte y Religión) tiene una matriz común. Se observa, hasta donde la historia permite regresar, que en las sociedades arcaicas la aplicación del incipiente conocimiento científico era llevada a cabo en conjunto con la Filosofía, o aún, ambas en conjunto con la Religión. En base a esta premisa histórica se puede considerar que la tendencia al holismo está presente en todas las actuaciones humanas del mundo antiguo.

La Filosofía griega del período clásico, buscaba la comprensión del mundo, en sus más variadas formas y matices, a través del conocimiento del fundamento primero, o principio fundamental que en todo estaba presente y otorgaba la unidad de todas las cosas. Por lo tanto, sus observaciones, empíricas o no, partían de la premisa de la unidad del sistema, y, por lo tanto, de la unidad del conocimiento a ser aplicado, sin que hubiese una dicotomía entre el campo de la especulación científica y filosófica.

Solamente posterior a la filosofía de René Descartes ya en la Edad Moderna, con la separación de la naturaleza (*res extensa*) y del alma (*res cogitans*), nació la creencia de que la ciencia se mantiene a través de la especulación objetiva sin cualquier ponderación filosófica o metafísica, lo que la mantendría libre de interferencias subjetivas del sujeto y garantiría a aquella el *status* de remedio para todos los males que afligen la Humanidad. De la fragmentación del conocimiento humano, la ciencia pasó a ser producida en compartimientos, pasó a ser una obra quebradiza que permite, en el máximo, el avance de la técnica en puntos específicos. Se sabe cada vez más sobre un campo especulativo cada vez menor.

Hay aún en las obras de Issac Newton y de Laplace, por cuenta de esta división propuesta por Descartes, una noción de objetividad pura, de experimentación desprovista de subjetividad, que se extendió por el mundo occidental gracias a la fama alcanzada por su Física Mecánica, uno de los mayores pilares teóricos que sustentó la cientificidad en el mundo hasta el inicio del siglo XX. De esa idea de Mecánica Física de la naturaleza desprovista de

subjetividad, nació el dogma moderno del determinismo universal (*Desencantamiento del Mundo*).

La 'Teoría Pura del Derecho', como postulado jurídico positivista, formulada por HANS KELSEN, refleja en la Ciencia del Derecho ese posicionamiento laplaciano de naturaleza desprovisto de subjetividad, usando, inclusive, ese aspecto, para establecer la distinción entre las ciencias de la naturaleza y el derecho. Diría el autor que, en la naturaleza, la causa y el efecto son destituidos de subjetividad, al paso en que en la relación de causalidad jurídica existe siempre la voluntad de una "autoridad jurídica" determinando su verificación. [81]

Con todo, para KELSEN, mismo habiendo esta diferencia entre la ciencia de la naturaleza y la jurídica, la teoría del derecho debería ser elaborada esencialmente con base en el instrumental de la Física de la Edad Moderna, como ya fue citado en otra oportunidad. [82]

La física, como gran matriarca de la ciencia, posee una cualidad impar sobre todas las demás, pues montada en la idea de especulación objetiva 'pura', revela la naturaleza sin estratagemas, sin disfraces, lo que finaliza por convencer a toda la Sociedad Humana de sus leyes axiomáticas, indiscutibles, y proyecta sobre todas las otras sus premisas filosóficas y metodológicas. Por esta razón fue que el filósofo alemán NIETZSCHE, con el Lirismo que le es peculiar, en su 'La Gaia Ciencia', no ahorro en elogios a la capacidad de la Física como *ars probandi*, como instrumento de justificación y validación de las teorías científicas y filosóficas, dándole un aire de pureza y sublime elegancia:

Nosotros, por lo tanto, *queremos volvernos aquellos que somos* – ¡los nuevos, los únicos, los incompatibles, los legisladores de sí mismos, los creadores de sí mismos! Y para eso tenemos que volvernos los mejores aprendices y descubridores de todo lo que es legal

[81] "El ser el significado de la cópula o ligación de los elementos en la proposición jurídica diferente del de la ligación de los elementos en la ley natural resulta de la circunstancia de la ligación en la proposición jurídica ser producida a través de una norma establecida por la autoridad jurídica –a través de un acto de voluntad, por lo tanto–, en cuanto que la ligación de causa y efecto, que en la ley natural de afirma, es independiente de cualquier intervención de esa especie." (KELSEN, Hans. "Teoria Pura do Direito". Tradução de João Baptista Machado. San Pablo: Martins Fontes. 2000. p.87).

[82] *v.* o capítulo "Ciências da Natureza e Ciências Humanas".

y necesario en el mundo: tenemos de ser *físicos*, para poder ser, en ese sentido, *creadores* –en cuanto hasta ahora todas las estimativas de valor e ideales fueron edificados sobre el *desconocimiento* de la física o en contradicción con ella. Y, por esto: ¡viva la física! Y ¡viva más aún aquello que nos *fuerza* a ella– nuestra lealtad! [83]

Considerando que la producción científica se basa en primer plano en la *ars inveniendi*, o sea, en los procedimientos de invención y descubrimiento empleados por el científico, y en segundo plano en la *ars probandi*, esto es, por los procedimientos de validación de aquellos resultados alcanzados por la *ars inveniendi*, la Física se ha mostrado imbatible en ambos planos, rompiendo el campo especulativo de la cientificidad para entrar a los dominios del Arte, de la Filosofía y de la Religión.

La *sociología de la ciencia*, ha demostrado los conflictos ideológicos trabados por la Física Cuántica con los padrones sociales del mundo moderno internacionalizados por los europeos. Aún hoy, afirma STEPHEN HAWKING, mismo luego de la Teoría de la Relatividad de EINSTEIN haber sido confirmada y aceptada totalmente en la comunidad científica: "Continuó recibiendo dos o tres cartas por semana afirmando que Einstein estaba errado." [84]

Este hecho, de la reiteración de la negación de la relatividad en la Física, se da en parte por la estructura de los padrones axiológicos europeos del siglo XIX (*v.g.* el imperativo categórico de KANT), que temen, en última instancia, la relativización del control social. Anótese una vez más que la Teoría de la Relatividad, incluso siendo una de las expresiones máximas de la ciencia contemporánea, por cuenta de las polémicas que suscita desde su propio epíteto, no recibió el premio Nobel de Física.

Los títulos y las implicaciones filosóficas que acompañan la Física Cuántica, desde la Relatividad o la Incertidumbre, o aún el Caos, repercuten sobre las demás ramas del conocimiento humano y producen una revisión de los modelos que sustentan la sociedad tal cual está puesta. Por esta razón fue que el profesor de *filosofía y derecho* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale en

[83] NIETZSCHE, Friedrich. "Obras Incompletas: A Gaia Ciência". Col. Os Pensadores. 5ª ed. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. San Pablo: Abril Cultural. 1983. p.208.

[84] HAWKING, Stephen. "O Universo Numa Casca de Noz". Tradução de Ivo Korytowski. 4ª ed. San Pablo - SP: ARX. 2001. p.11.

los EUA, F. S. NORTHROP, en texto introductorio a la edición norteamericana de la obra de HEISENBERG asentó que:

En resumen, es imposible introducir los instrumentos de la física moderna sin, temprano o tarde, introducir la actitud filosófica correspondiente y, a la medida que esa actitud cautive a los jóvenes que recibieron entrenamiento científico, ella irá a afectar la tesitura moral de la familia y de la tribu. [85]

Así, considerando la asertiva de EINSTEIN y HEISENBERG según la cual no existe Física sin Filosofía, se puede considerar la existencia de una Filosofía de la Física que se proyecta sobre los demás campos de la ciencia e, influenciando la Teoría del Crimen en sede de derecho penal, se transforma en Filosofía de la Física del Derecho Penal.

La identificación de la Filosofía de la Física del Derecho Penal a través de la Teoría del Crimen, resulta de la verificación de que el delito es compuesto de un desdoblamiento físico de la conducta humana, o mejor, de las alteraciones en el mundo exterior provocadas por el hombre, reconociéndose desde luego que su premisa reside en la capacidad humana de actuación y transformación de la naturaleza, de la sociedad y de sí mismo.

El vértice central sobre el cual se desarrollan sus ponderaciones epistemológicas es la causalidad delictiva, el nexo por el cual se impone al hombre la *imputatio facti et juris* en virtud de una conducta (comisiva u omisiva) y su desdoblamiento caracterizado en la respectiva producción de un resultado jurídico relevante. La causalidad, según la doctrina tradicional, marcadamente influenciada por el paradigma naturalista, expresa un concepto pre-jurídico, de evaluación normativa posterior a su efectividad que se da en el mundo natural y óntico.

La causalidad es *pre-jurídica* por representar un acontecimiento manifestado en el mundo, sin la contribución de valores jurídicos, pero como consecuencia física de un comportamiento, según las leyes de la naturaleza. Esa constatación de que los acontecimientos intersubjetivos de relevancia social anteceden a la incidencia de la norma jurídica, es propia del derecho, pues la aplicación del derecho *in concreto*, implica siempre la verificación de su soporte fáctico respectivo. Como se dice comúnmente, el derecho persigue los hechos.

[85] *Apud* HEISENBERG, Werner. "Física e Filosofia". Série Métis. 4ª ed. Tradução de Jorge Leal Ferreira. Brasília - DF: Editora Universidade de Brasília. 1999. p.11.

La causalidad verificada en el mundo, calificada como relevante para el derecho penal representa un *judicio ex post factum*, o sea, recibe esa calificación a través de un análisis descriptivo de la conducta que retrotrae en el tiempo, partiendo del resultado delictivo hasta sus antecedentes necesarios para la fijación de sus causas, que inexorablemente habrá de contener en su seno una conducta humana. Así, como el método aplicado en la ciencia de la historia, el examen de la causalidad penal también es destinado para un hecho pretérito, ya concretizado.

La causalidad es *óntica* en el sentido de representar un fenómeno sometido a las leyes naturales, o como quieren otros autores, por *representar* la cosa en sí, o ser ("ser en cuanto ser" para HUSSERL). Es en este paso de la causalidad en cuanto acontecimiento *óntico*, que el sistema entra en profunda crisis.

La Física Clásica newtoniana otorgaba la idea de que la causalidad, en cuanto acontecimiento óntico y natural, es pasible de conocimiento humano, sin mayores dificultades, pues la comprensión del *factum* salta de la observación directa de la naturaleza, adquiriendo aquel aspecto de intuitivo, o de conocimiento apriorístico kantiano.

En el presente paso del paradigma científico posmoderno, hace tiempos que la epistemología abandono la pretensión del conocimiento absoluto de la realidad, como bien observa la profesora MARILENA CHAUÍ al ponderar que: "Nunca sabremos qué es y cómo es la realidad en sí misma, separada e independiente de nosotros." Conocemos apenas los fenómenos, investigando la Filosofía (Fenomenología), las esencias de esas manifestaciones ante nuestra vida, por lo tanto, con nuestra propia inclusión en el universo. [86]

Como ya fue expuesto en otro momento de esta pesquisa, la producción del conocimiento implica en la participación del hombre en ese proceso, pues su consciencia es la consciencia de alguna cosa, y esos propios fenómenos son percibidos para obtener la significación de la consciencia humana (*semiótica*).

De esta forma, incluso que no se pueda obtener la comprensión absoluta del *óntico*, se puede formular sobre el fenómeno un conocimiento *ontológico*, como propone HEIDEGGER, teniendo el fenómeno como objeto de conocimiento (el '*ser-del-ente*'). El

[86] CHAUÍ, Marilena. "Convite à Filosofia". 4ª Ed. Brasília - DF: Editora Consulex. 1993.

reconocimiento de que es imposible la comprensión de la realidad óntica, por la racionalidad humana, no es motivo para el abandono de la eterna lucha del saber, con todo, deberá servirle de fundamento para la humildad que el raciocinio claro requiere.

Con todo, hechas esas primeras ponderaciones epistemológicas, cumple consignar la influencia que el paradigma científico de la Física newtoniana ejerció sobre la primera gran escuela del derecho penal y estructurarse en el mundo moderno, que fue la naturalista, evidentemente hija del determinismo universal despojado de subjetividad, y que tenía como vértice fundamental la noción de que el crimen representa esencialmente un desdoblamiento causal objetivo resultante del encadenamiento necesario de causas precursoras de un resultado lesivo.

El Naturalismo, se presentó como una propuesta epistemológica que se aplicó en varias ramas del conocimiento sistemático, utilizado, inclusive, como criterio de determinación del contenido científico que una específica ciencia social presenta. Se trata de uno de los hijos más ilustres de la Física newtoniana.

Sobre el paradigma científico fuertemente difundido a partir de la Filosofía laplaciana y de la Física newtoniana reposa gran parte de sus postulados sobre la idea de linealidad y estabilidad de las leyes de la naturaleza, lo que lógicamente acarrearía la estabilidad de las teorías científicas, entre estas, las teorías jurídicas. Si hay estabilidad en la ley de la naturaleza, esa estabilidad debe ser buscada en la ley jurídica. Se trata de reflejo de la Filosofía del *estoicismo* griego.

Pero, en cuanto al mundo jurídico es preciso reconocer la existencia de un *plus* en frente de su génesis en cuanto actividad social y humana, pues la estabilidad de sus postulados sistemáticos, bien como de su objeto de estudio (la norma), no se da por exclusivas razones científicas, sino esencialmente por razones políticas. La ley penal es un acto político, no un acto científico.

Como ya consignado en otro momento, la construcción de la teoría de NEWTON solo fue posible con el desprecio de grandezas físicas como *verbi gratia* la fricción, resultando en una simplificación teórica que, llevada a efecto en la causalidad penal, creó un sistema de crisis en la Teoría del Crimen que se arrastra hasta los días actuales. El problema reside en el hecho de que, en cuanto el derecho penal estuviera preso al dogma de la causalidad naturalística (conteniendo esta, problemas intrínsecos desde su origen)

jamás conseguirá crear una Teoría del Crimen uniforme para delitos comisivos y omisivos; materiales, formales y de mera conducta; consumados y tentados; de riesgo y de daño.

La perplejidad en la Teoría del Crimen nació con el dogma causal, de ahí la multiplicidad de teorías que pretendieron resolver el problema de la causalidad penal, como si fuera un problema físico y no jurídico. La cuestión que se pretendió responder desde la primera teoría causalista del crimen fue: ¿cómo crear criterios objetivos y uniformes para la determinación de la causalidad penal?

En la tentativa de dar una respuesta satisfactoria y conclusiva, las teorías causalistas se multiplicaron: a) *Teoría de la Causa Única y Absoluta* profesando la busca por una única causa del crimen; b) *Teoría de la Totalidad de las Condiciones* que considera causa la totalidad de los antecedentes; c) *Teoría de la Causalidad Adecuada* que representa la simplificación por la calificación de un evento o estado precedente al resultado, entre muchos, como algo que efectivamente fue el responsable por el resultado; d) *teoría de la Causalidad Próxima* que tuvo gran aceptación entre los doctrinadores del derecho penal francés (René Garraud), y que, según Hungria remonta a la filosofía naturalista de Francis Bacon: "*in jure non remota causa, sed próxima spectatur*."; e) *teoría de la "condictio sine qua non"*, adoptada por el Código Penal brasileño en su art.13; entre innumerables otras ... [87]

Por lo tanto, así como en la causalidad física naturalística no es posible el conocimiento perfecto de los antecedentes de un evento (aunque sea muy posible aproximarnos a esta realidad

[87] Feu Rosa, Antonio José Miguel. "Causalismo e Finalismo em Direito Penal". 1ª Ed. Brasília - DF: Editora Consulex. 1993. p.65; Bruno, Aníbal. "Direito Penal: Parte Geral". Tomo I. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.322; Marques, José Frederico. "Tratado de Direito Penal". Vol.II. 1ª ed. revista e ampliada por Antonio C. Mariz de Oliveira, Guilherme de S. Nucci e Sérgio Eduardo M. de Alvarenga. Campinas - SP: Bookseller. 1997. p.118; Garraud, René. "Compêndio de Direito Criminal". Vol.01. tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN editora. 2003. Nelson Hungria cita todavía varias otras teorías, entre las cuales: teoría de la Eficiencia (Birkmeyer, Stoppato); teoría de la Causa Decisiva (Köhler); Teoría del Equilibrio (Binding); Teoría de la Causa Insustituible (G. Muller); Teoría del Movimiento Actual (Horn); Teoría de la Causa Humana Exclusiva (Antolisei); Teoría de la Causa Típica (Beling); Teoría de la Tipicidad Condicional (Ranieri); Teoría de la Condición Peligrosa (Grispigni) (*Comentários ao Código Penal.* Vol.01. tomo II. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.61/63). En cuanto a la Teoría del Equilibrio de Binding, Aníbal Bruno la llama Teoría de la Predominancia (*op.cit.*, p.327). Todas estas teorías y denominaciones van para el mismo fin metodológico, divergiendo apenas en específicos puntos conceptuales.

probabilísticamente), dada la multiplicidad de elementos que envuelven la interdependencia fática, en el derecho penal la misma complejidad creó un enmarañado de teorías que no lograron éxito en su objetivo, revelándose aplicables apenas cuando conjugadas unas con las otras, en puntos específicos, cuando no resultaba en agravamiento de la problemática.

La gran mayoría de las teorías penales relativas al desdoblamiento del crimen, principalmente en lo que se refiere al establecimiento de sus antecedentes causales, resultan apenas de divergencias lingüísticas, de orden de los discursos, cuando los autores resuelven polemizar la utilización de determinadas palabras o signos, por el contenido ideológico que se pone subyacente a los términos que describen acontecimientos en la naturaleza puesta en el invisible mundo humano. En determinadas posiciones teóricas, hay mucha más preocupación con los signos utilizados que con el dato objetivo del hecho analizado.

En cuanto a la Ontología del desdoblamiento del hecho delictivo, el profesor NELSON HUNGRIA percibió, acertadamente, que hay un problema intrínseco a la causalidad naturalística como fundamento de la tipicidad y, más, aunque no se haya propuesto la creación de una causalidad normativa que completase los 'agujeros negros' contenidos en el sistema clásico, con la perspicacia que le es peculiar, reconoció que se trataba de un desafío aún no terminado por la doctrina, a pesar de las innumerables teorías a respecto del tema:

Si todo evento tuviese en la acción u omisión a su causa única y exclusiva, no se presentaría el problema: este nace de la complejidad de los antecedentes causales de aquel, entre los cuales la acción u omisión no es sino un hilo de una extensa cadena. Se quiere, entonces, saber cuándo, bajo el punto de vista jurídico, la acción u omisión tiene el suficiente relevo de causa; y en esa indagación pululan las teorías, (...). [88]

En verdad, HUNGRÍA reclama la existencia de un *plus* frente a la causalidad naturalista como mecanismo de determinación de la tipicidad de la conducta penalmente relevante, pues, en el sistema clásico de la Teoría del Crimen faltaba el reconocimiento del contenido do elemento subjetivo humano contenido en la acción, bien

[88] HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno. "Comentários ao Código Penal". Vol.01. tomo II. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.60.

como, el reconocimiento de que la *imputatio facti* implica siempre en valoración de conducta (*imputatio juris*), lo que puede ser obtenido independiente de una actuación efectiva en el desdoblamiento material del crimen.

Se puede hasta consignar que la causalidad naturalista linear fue un barco que ya hacia agua desde su elaboración primera.

El debate fomentado por la teoría física del determinismo mecánico absoluto de la causalidad natural se hace sentir hasta los días actuales en el derecho penal, cuando se trata de evaluar si es posible al hombre desarrollar una acción con voluntad libre y consciente, o si siempre actúa motivado por fuerza exterior (*determinatio pure extrinseca*), que en última instancia representaría la irresponsabilidad penal por la ausencia del elemento subjetivo en el momento de la verificación de la tipicidad de la conducta o importaría en la injusta aplicación de la sanción penal condenatoria.

Ya en pleno siglo XIX, grandes estudiosos del derecho penal rechazaron la aplicación de la Filosofía Naturalista como fundamento de la Teoría del Crimen, como Francesco Carrara, notoriamente porque esta concepción determinista negaba la propia condición humana de perspectiva de libertad de actuación, dirección volitiva del comportamiento manifestado:

Más modernamente, se intentó conciliar la subsistencia del derecho penal con la negación de la libertad humana, recurriendo a la teoría de las causalidades. El delincuente se sujeta al ambiente de las causalidades en que se encuentra. (...) Si afirmáis que es menester imponer penas para alejar, en los mal orientados, el influjo de las causalidades criminosas, estáis confesando, sin percibirlo, que el delincuente es libre para escoger entre estas y aquellas. Existe, pues, contradicción de términos entre el desarrollo de ese sistema y el principio que adopta como base. [89]

A prevalecer el dogma causal del Naturalismo, el crimen se debe consumar y adecuarse típicamente con independencia del contenido del elemento psíquico humano (*de internis non curat praetor*). La evaluación subjetiva del autor de la acción se resolverá *ex post factum* del delito (conducta material), cuando de la verificación de la culpabilidad del sujeto como carácter de reprobación de la conducta, y de balizamiento del *jus puniendi* del Estado.

[89] Carrara, Francesco. “Programa do Curso de Direito Criminal”. Parte Geral. Vol I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2002. p.51.

La pura ontología de la causalidad material naturalista (la 'ontología naturalista' es una contradicción terminológica) desprecia el propio hecho de la actuación humana en el crimen y, como toda idea determinista, reconoce la ocurrencia del hecho típico sin la volición humana (dato subjetivo), quedando esta con evaluación secundaria y *a posteriori*. Así, resta una concepción despojada y formal de la acción humana, como ampliamente utilizada por el pensamiento iluminista, de modo que, para la Teoría del Crimen, el *libre albedrio* no aparece como una premisa óntica de su estructura primera, sino como elemento accidental, quizá actuando como premisa de la exigibilidad de conducta diversa (culpabilidad) puesto que presupone la posibilidad jurídica de actuación diversa del agente, por lo tanto, implicando en libertad y elección.

Siguiendo la tendencia que resulto de la totalidad de las teorías fundamentadas en el dogma causal (despreciándose las formales polémicas de lingüística), notoriamente cuando revelan en su conjunto que, lo que se procuró fue introducir en la causalidad un elemento valorativo o subjetivo, la gran revolución en la Teoría del Crimen fue patrocinada por la Teoría Finalista de la Acción de HANS WELZEL (1904-1977).

En el comienzo del siglo XX, todo aquel substrato metodológico elaborado con pilares en la causalidad física newtoniana ya se encontraba en crisis, y entre las nuevas perspectivas traídas al tema por la Física Cuántica, una se destaca en ese nuevo contexto, que es el reencuentro de la subjetividad con la mecánica universal. La Física posmoderna pregunta a través de los estudios de la Cosmología: ¿cuál es la finalidad del universo?

El propio WELZEL aclaró textualmente que el origen de su doctrina Finalista de la Acción resulto de la "Psicología del Pensamiento" de RICHARD HÖNIGSWALD y de la "Fenomenología" de P. F. LINKE, entre otros autores. [90]

Cuando las certezas de la Física newtoniana entraron en crisis, carrearon consigo el vetusto paradigma, remaneciendo entonces varias dudas, o mejor, una crisis sistemática sobre la noción de realidad, del conocimiento, la relación entre lo objetivo y lo subjetivo, siendo que hasta la propia racionalidad fue puesta en cuestión (NIETZSCHE y KIERKEGAARD). La Fenomenología de EDMUND

[90] WELZEL, Hans. "O Novo Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luiz Regis Prado. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2001. p.11/12.

Husserl (1859-1983), seguida por innumerables otros autores, entre ellos Heidegger, Sartre y Merleau-Ponty, representó la gran Filosofía y Método del siglo XX, elaborando en conjunto con el Estructuralismo, el nuevo paradigma científico y filosófico de la posmodernidad.

Para el griego clásico el *fenómeno* es 'aquel que aparece', y tiene como una de sus nociones básicas la idea de *intencionalidad* de la consciencia y de la acción humana. No existe el ontológico en si como defendía la Filosofía racionalista, así, también no existe el objeto material en si como acreditó la Filosofía empirista, existe el hombre con consciencia de alguna cosa que se le presenta como algo carente de sentido al ser prestado por la manifestación de su consciencia. [91]

Partiendo de esa premisa fenomenológica, Welzel observa que para el derecho penal esa intencionalidad de la acción humana se resuelve en una actividad finalistamente dirigida a la producción de un resultado dañoso a un bien jurídico protegido por la norma penal, por lo tanto, el dolo y la culpa son elementos de la conducta típica y no de la culpabilidad.

La colocación del dolo en la conducta es una construcción revolucionaria, pues liberta la Teoría del Crimen de la pura causalidad material de antes, introduciendo en la misma un elemento subjetivo que no se encuentra clavado en la estructura tridimensional de la materialidad delictiva (*corpus delict*), en la alteración material que la conducta provoca en la naturaleza. ¡El dolo no ocupa lugar en el espacio!

Para el derecho penal moderno de Welzel hay siempre un sentido finalista en la acción, una pre-elaboración de la conducta a ser realizada por el autor del hecho que la dirigió al fin colimado, pues, la causa del delito no es apenas un dato material precedente al resultado que interfiere en el desdoblamiento causal, sino es esencialmente

[91] Luego asegura que "la ciencia supone la fe perceptiva y en ella aclara", Merleau-Ponty consigna la esencia de la filosofía fenomenológica en los siguientes términos: "Lo verdadero no es ni la cosa que veo, ni el otro hombre que también veo con mis ojos, ni en fin esa unidad global del mundo sensible y, en última instancia, del mundo inteligible que Hace poco intentamos describir. El verdadero es el *objetivo*, lo que logre determinar por la medida o, más generalmente, por las *operaciones* autorizadas por las variables o entidades por mi definidas a propósito de una orden de hechos."(Merleau-Ponty, Maurice. "O Visível e o Invisível". 4ª ed. Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. San Pablo: Perspectiva. 2003. p.25).

un dato que contiene una contribución para la consecución del resultado, por lo tanto, que contribuye para el objetivo finalista de la acción (intencionalidad fenomenológica). Partiendo de esa concepción fenomenológica de la actuación del hombre, JOHANNES WESSELS hace una excelente ponderación filosófica sobre la condición humana, *in verbis*: "El hombre se diferencia de otras formas de vida por el hecho de que porta en sí mismo una imagen del mundo estampada por representaciones de valor y está apto, a través de su potencialidad creadora, a la configuración sensible de su medio." [92]

Como resultado de esa fenomenología del derecho penal elaborada por WELZEL, su consistencia científica actualizada en la Teoría Finalista de la Acción, alcanzó un grado de sofisticación que no permite más el retroceso al mecanicismo, sea en la causalidad por *determinatio pure extrinseca*, o en la noción de resultado delictivo como indispensable lesión física en un determinado bien. En ese sentido también se coloca el profesor BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, *in verbis*:

Welzel consiguió aclarar una complejidad y una significación implícitas en los diversos tipos de la parte especial que no solo fueron vedadas al causalismo naturalista, como también a las versiones mejoradas y más valorativas de influencia neokantiana que fundamentaban el tipo en la lesión de un bien jurídico. [93]

En verdad, con la estructuración del paradigma científico posmoderno, ninguna ciencia que se pretenda avanzada y coherente se puede se hurtar a los contenidos epistemológicos fenoménicos y cuánticos. En adelante, y ya manifiesto, las teorías pretensamente científicas que se han recusado a adoptar el substrato de la epistemología contemporánea, así hacen por cuestiones políticas y ideológicas (ideología en el sentido marxista), con todo, ningún contacto manteniendo con la *ars inveniendi* científica actual, representando apenas tentativas de resucitación de preconceptos anacrónicos con el nuevo ropaje, o sea, como novedad apenas aparente.

La interferencia causal acompaña en torrente y bombardeo todo el desdoblamiento de la conducta, por lo tanto, hay una infinidad de factores físicos o no, que ingresan a la causalidad (hay

[92] WESSELS, Johannes. "Direito Penal: parte geral". Tradução de Juarez Tavares. Puerto Alegre - RS: Sérgio A. Fabris Editor. 1976. p.21.

[93] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Teoria da Imputação Objetiva". Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri - SP: Manole. 2003. p.13.

una tela de causas preexistentes, concomitantes y supervenientes que inciden sobre la conducta delictiva de modo absolutamente independiente, relativamente independiente o en total dependencia del plano finalista previamente elaborado). Con todo, su análisis *ex post factum* sería imposible si tuviese que examinar todos esos desdoblamientos e injerencias, naciendo de ahí la necesidad de selección de los elementos causales relevantes para el derecho penal, interpretados y escogidos por criterios jurídicos.

Esa selección de los elementos causales relevantes es hecha por los criterios de la idoneidad de la concausa para la producción del resultado jurídico y de la finalidad contenida en el desdoblamiento. La finalidad ha de ser entendida aquí como un aumento psicológico valorativo (evaluado por el derecho) al desdoblamiento físico de la causalidad.

En ese proceso de selección se debe observar aún, que, por la aplicación del criterio de la idoneidad de la concausa:

I – los pequeños eventos son insignificantes por la imposibilidad de lesión dentro del alcance de cada tipo penal (*insignificancia penal de la conducta*);

II – los pequeños eventos son relevantes por la posibilidad de producción del resultado dentro del alcance de cada tipo penal (*idoneidad penal de la conducta*);

III – los eventos centrales de la conducta pueden ser tragados por evento natural mayor que los consumos en el momento de la producción del resultado (*causalidad hipotética*);

IV – los eventos pueden ser incapaces de desviar el curso de la causalidad previamente elaborada, o de prestar mayor idoneidad a la conducta reflejada y en progresión al bien jurídico que se pretende agredir (*causalidad errante*).

El evento solo debe ser encarado como causa para la producción de un resultado criminoso cuando ofrece posibilidad de lesión dentro del alcance de protección de cada tipo penal, o sea, por ejemplo, en el caso de la lesión producida por medio de arma blanca en la víctima solo puede ser encarada como tentativa de homicidio si la lesión tuviera idoneidad para la producción del resultado muerte, caso contrario, la conducta debe ser interpretada y tipificada como lesión corporal. [94]

[94] El criterio del “alcance del tipo” que no debe ser confundido con el “fin de protección de la norma de cuidado” es una elaboración de Claus Roxin (ambas

En cuanto a la *causalidad hipotética*, imagínese el caso en que la víctima agredida a cuchilladas viene a fallecer en razón de desastre natural que ocurre en el momento en que está siendo agredida, de modo que fallecería mismo que no hubiese sufrido los golpes de arma blanca. El resultado muerte no puede ser pregonado al autor de las agresiones, todavía, responderá por los actos practicados a título de lesión corporal o tentativa de homicidio, conforme el caso concreto se muestre, en razón de la agresión al bien jurídico tutelado por la norma penal.

La *causalidad errante*, mismo que se presente onticamente (perspectiva pre-jurídica), es irrelevante para el derecho penal, sea una causa material preexistente, concomitante o superveniente. Se trata de cuestión teórica irrelevante para la Teoría del Crimen, por cuanto su ontologismo queda frente a la imputación normativa de la conducta.

Así, existe siempre la necesidad de fijación del contorno jurídico de la causalidad física en la acción delictiva, pues es nítida la diferencia entre el mundo físico y el jurídico, de modo que su interpretación siempre fue una evaluación valorativa, nada teniendo de natural o físico en el sentido en que se entendió en el pretérito. En este sentido es el posicionamiento del profesor BATTAGLINI, *in verbis*:

Por lo que respecta en particular al Derecho, este tiene necesidad de excluir del complejo de los infinitos antecedentes que, según el axioma filosófico, causalmente se equivale, *todos aquellos que no tienen importancia para la valoración jurídica*, o por no constituir un *comportamiento humano* contrario al Derecho o por no ser (dentro del ámbito de las *causas naturales o brutas*) relevantes para la *causalidad material con respecto al crimen*. [95]

Para el derecho penal, es esencial volver mensurable y finita la conducta criminal por la depuración de los eventos físicos causales (un 'colapso en la causalidad infinita'), para que pueda existir

perspectivas), presentado por Luís Greco como un "tercer nivel de imputación", y que representa la "principal peculiaridad del sistema de ROXIN en frente de la doctrina dominante." Será objeto de mayor consideración en cuanto estuviese estudianda la conducta penal cuántica. (GRECO, Luís. "A Imputação Objetiva na Atualidade. Modelos Alternativos de Imputação". *in* ROXIN, Claus. "Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução e introdução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.11.

95 BATTAGLINI, Giulio. "A Interrupção do Nexo Causal". Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2003. p.40/41

la incidencia de la norma, sean esos eventos preexistentes, concomitantes y supervenientes. De este hecho, la selección implica siempre en limitación de los elementos causales relevantes para el derecho penal.

Esa limitación de los elementos causales comienza con la regulación de las fuerzas retroactivas y pretéritas al hecho, hasta un límite razonable, sea por el criterio del dolo como hace la Teoría Finalista de la Acción, o por el criterio del riesgo permitido como propone la Teoría de la Imputación Objetiva, todo esto, pretendiendo estancar la vertiente regresiva de la causalidad que llevaría al *regressus ad infinitum*.

Continua el mismo instrumento restrictivo también incidiendo para la selección de las causas concomitantes al desdoblamiento del hecho criminal, sino que de alguna forma promueven contacto o injerencia sobre el mismo, objetivando contener un posible y extravagante efecto extensivo a la imputación penal, lo que sería dañoso en frente al Estado Democrático de Derecho. Además, el desdoblamiento de esa delimitación causal tiene por objeto la eliminación de las causas errantes, en frente de su irrelevancia jurídica.

Por último, la limitación de los elementos del hecho criminoso incide sobre la verificación del resultado delictivo, dentro de los límites de protección del tipo penal específico, para evitar el *progressus ab infinitum*.

Tanto la prohibición del *regressus ad infinitum* como del *progressus ab infinitum* objetivan el cierre de una causalidad remota, sin ligación con los límites de protección del tipo penal, y da norma.

Por todos esos aspectos pre-hablados es que se puede concluir que la causalidad penal ex surge de la causalidad física mediante un proceso de selección y calificación normativa de los datos relevantes a la producción de un resultado criminoso. Entre tanto, es preciso reconocer que la noción de causalidad *óntica*, como defendida en el pretérito naturalismo, nada tiene de ontológico, sino representaba apenas un dato arbitrario del aplicador del derecho, una expresión (e impresión) subjetiva objetivada, aún justificada como científica – La Ilustración desnudó la naturaleza del aspecto ontológico.

Y siendo así, es de reconocerse que el derecho penal no es un esclavo del dogma causal, muy por el contrario, se sustenta en los fundamentos del propio orden jurídico. Con todo, no obstante ser, el Derecho y la Física, ramas autónomas de la ciencia, ellas se entrelazan cuando se habla de Paradigma Metodológico y de

Filosofía. De ahí, la posibilidad de hablar de Filosofía de la Física del Derecho Penal.

En cuanto a la finalidad contenida en el desdoblamiento delictivo como criterio de selección de los elementos causales relevantes, es de ponderarse que, a partir de la introducción del aspecto subjetivo en el tipo penal, quedo más evidente la esencialidad de la valoración negativa de la conducta delictiva para la Teoría del Crimen. Los delitos, sean dolosos o culposos, no se caracterizan simplemente por la producción del daño o del riesgo concreto a los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, sino, antes de eso, se forman por la valoración negativa de la conducta (significado semiótico del comportamiento), pues, mismo actuando dentro de los límites de actuación normal que la vida en sociedad exige, existe la posibilidad de consecución del daño al bien. Con todo, revelando la importancia de la verificación de la conducta (*mezzo a mezzo*, objetiva y subjetiva bajo la perspectiva estricta de la acción humana), no se debe considerar criminosa la producción de un resultado dañoso mediante el desarrollo de una actuación desprovista de dolo o culpa (conforme la Teoría Finalista de la Acción), y no creadora de un Riesgo Prohibido (en los términos de la Teoría de la Imputación Objetiva).

Cuando WELZEL introdujo en la conducta el elemento subjetivo, reveló que aquella noción física tridimensional del delito, aceptada por el Naturalismo, estaba equivocada hasta mismo cuando justificaba por su posición en el método de las ciencias naturales. Los hechos naturales en sentido amplio, sean los resultantes de la actuación humana o por fuerza de elementos naturales, no ocurren exclusivamente como alteración del mundo material en un dado instante, o mejor, los hechos no están contenidos apenas en el espacio, están contenidos en la relación indisociable del espacio-tiempo.

De esta forma, es de preguntarse: ¿cómo sería la relación espacio-tiempo en la conducta delictiva, esto es, en el hecho típico?

Que el delito provoca una alteración en el mundo material, nadie duda, de la misma forma que la conducta humana representa la fuerza propulsora para esa misma alteración. Con todo, la relevancia de la incidencia del elemento subjetivo en el desdoblamiento de la conducta criminosa está en que, aunque el dolo y la culpa no se presenten como un dato material, residen en el tiempo, como elementos indisociables de la alteración material que la actuación delictiva provoca.

La premeditación (dolo anticipado) en la conducta delictiva representa a su propia temporalidad. Hay, en ese caso, un efecto de premisa temporal en el dolo, aunque, imponible hasta que pase a alterar el dato material mediante la ejecución del crimen (*cogitationis poenam nemopatitur*). La operación mental realizada por el agente (*voluntas sceleris*) no ocupa parte del espacio, pero ocupa porción del tiempo.

En cuanto al crimen culposo, mismo reconociendo la inseparabilidad de su relación espacio-tiempo, o más específicamente, de su relación entre los datos objetivos y psicológicos de la conducta, el resultado accidental del delito culposo revela una aparente crisis en el desdoblamiento causal, por cuanto hay una ruptura entre los hechos materiales y el elemento teleológico de la conducta que impulsa ese mismo desarrollo fático, de esa manera, el querer se encuentra en dicotomía para con el llevado a efecto. Pero, habrá siempre una intencionalidad en su actuación, mismo cuando lícita y disonante del resultado típico. Ese grado de complejidad disonante es resultado de la inobservancia del deber objetivo de cuidado.

Hay aún que reflexionar sobre el hecho de que, en la Teoría del Crimen, el espacio no es la extensión de los objetos materiales alcanzados por la conducta, sino la relación entre los hechos que poseen un nexo o vinculo. Además, el examen *ex post factum* de la causalidad le atribuye siempre un 'aumento psicológico', puesto que se trata de un examen valorativo. Por lo tanto, hay en este examen *ex post factum* de la causalidad, una observación de la naturaleza aparente de los hechos y de las relaciones establecidas en un hecho pretérito.

Todavía, la Fenomenología del derecho penal de Welzel, esposada mediante la Teoría Finalista de la Acción, a pesar de ser revolucionaria, no rompió definitivamente con el dogma causal, apenas aumentó a la pura materialidad de la conducta, un elemento subjetivo. Por esta razón fue que viejos problemas intrínsecos de la causalidad naturalista permanecieron de pie, por dijeron respecto al aspecto material del delito.

Una vez superado el paradigma laplaciano del determinismo material (*determinatio pure extrinseca*), el elemento subjetivo de la acción pasó a ser también un dato del mismo movimiento naturalista, en adelante complejo por la inclusión de la intencionalidad. Por esta razón fue que Giuseppe Bettiol consigno que "todo es necesitado; todo está concatenado, todo es causado, mismo en

el campo de los fenómenos psíquicos. La ley de la causalidad es la gran ley que domina el mundo y lo reduce a unidad.” [96](96)

La pura causalidad material nunca ofreció justificativa pasible para los crímenes omisivos impropios (también llamados de comisivos por omisión), para los delitos sin resultado naturalista, para los delitos tentados, entre otros modelos. Así mismo, el derecho penal se encuentra aún preso al dogma causal en frente de la fuerza con que este fue defendido hasta los fines del siglo XIX.

Valiéndose de una visión que va más allá de la perspectiva naturalista de la causalidad se puede afirmar que, en cuanto en los crímenes comisivos el objeto de la norma es que el sujeto no provoque o no contribuya con una causalidad que está en andamiento y que objetiva una agresión a un bien jurídico tutelado (*deber jurídico negativo*), en los crímenes omisivos, la pretensión normativa es que el sujeto quiebre o interrumpa una causalidad que está en andamiento (*deber jurídico positivo*), el que dio origen. Con todo, y, por lo tanto, el simple examen de la causalidad no es fundamento suficiente para la imputación penal, pues como asienta el profesor GÜNTHER JAKOBS, se verá en el examen de la conducta delictiva que la imputación deriva esencialmente del incumplimiento de un deber jurídico, no de un movimiento corporal. De este hecho, el supuesto carácter *óntico* de la causalidad, que es sustentado por la doctrina tradicional, no posee calidad fundamental para el derecho penal. [97]

Con la crisis de la causalidad patrocinada por la física cuántica, el derecho penal viene intentando emanciparse de esa problemática, encontrándose actualmente en gran proceso de evolución epistemológica.

La solución encontrada representa la creación de una causalidad normativa que acompañe el desdoblamiento material del delito, completando sus espacios vacíos y sus momentos de perplejidad. Se trata de la teoría de la imputación objetiva.

Con la Teoría de la Imputación Objetiva, todos los delitos, comisivos o omisivos; de resultado, formales o de mera conducta; de riesgo o de daño; dolosos o culposos; pasan a tener un nexo de causalidad normativo, como también pasan a tener un resultado

[96] BETIOL, Giuseppe. “O Problema Penal”. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2003. p.114.

[97] *v.* JAKOBS, Günther. “Ação e Omissão no Direito Penal”. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri - SP: Manole. 2003.

normativo, buscando mayor uniformidad sistémica para la Teoría del Crimen.

Se trata de la Imputación Penal Cuántica.

3. Derecho penal cuántico

3.1. *Introducción y generalidades*

3.1.1. *Concepto*

Como un signo gestado a partir del término en latim *imputatio*, se trata de un tema de gran relevancia tanto para el derecho penal como para el proceso penal, pues la imputación penal es la atribución de responsabilidad a un sujeto, teniendo en vista la práctica de una conducta prevista en la ley como crimen, y causadora de un daño o peligro concreto de daño a un bien jurídico tutelado por la norma penal. [98]

Por lo tanto, la imputación penal asienta sus premisas en la práctica de un acto, trayendo al tema, con su práctica efectiva, todos los elementos que envuelven el concepto formal de crimen, como también el desdoblamiento material de la acción delictiva, expreso en la conducta, nexo de causalidad y resultado.

La responsabilidad penal, aspecto también intrínseco de la noción de imputación, solamente se verificará luego de la ocurrencia material del delito, por lo tanto, es de reconocerse su dependencia de un acto humano concreto, manifestado en la relación espacio-tiempo y ofensivo a un bien jurídico protegido por la norma.

En verdad, la imputación penal resulta de la calificación jurídica de un desdoblamiento causal ya ocurrido (*ex ante*), que así ingresa en el mundo jurídico como obra humana, teniendo como instrumento propulsor, la voluntad finalísticamente deliberada del agente o su falta de cuidado objetivo, y que reclama determinadas consecuencias jurídicas previamente establecidas en ley, como forma de

[98] Sobre la importancia da imputación para el proceso penal, enseña el prof. Antonio Scarance Fernandes, que: "El hecho de la imputación es que se presta a delimitar la acusación y, así, sirve para la identificación de la acción penal, para la verificación de la correlación entre acusación y sentencia, para la efectividad del contradictorio y como garantía del ejercicio de defensa."(Fernandes, Antonio Scarance. "A Reação Defensiva à Imputação". San Pablo: Revista dos Tribunais. 2002. p.100).

reprobación de la conducta. De esta forma, la imputación penal representa el ingreso de la causalidad material en el mundo jurídico.

De la afirmación de que la imputación penal es la calificación de un desdoblamiento causal ya ocurrido (*ex ante*), se dimana principalmente que la evaluación en que implica y provoca se refiere al pasado, por lo tanto, dilata al ya concretizado para imponerle las consecuencias jurídicas. De esta forma, eventuales aplicaciones de medida de seguridad en frente de la inimputabilidad absoluta del agente criminoso, en que se considera la peligrosidad del mismo, no hay que hablar de imputación penal, pues, al contrario del juicio de culpabilidad que retrocede, el juicio de peligrosidad progresa al futuro, con el objeto de prevención específica.

Además, es de ver que en frente de la instrumentalidad del proceso que sirve de vehículo para la estimación legítima de la imputación, se provoca su *formación continuada y progresiva*, que va de la imputación en la fase de la investigación policial (*imputatio lato sensu*), pasando por la petición inicial de la acción penal (*imputatio estrito sensu*) hasta su consumación final en una sentencia penal condenatoria. En cuanto al mismo caso pre-hablado, de eventuales aplicaciones de medida de seguridad en razón de la inimputabilidad absoluta del agente, obsérvese que la medida de seguridad es impuesta mediante sentencia penal absolutoria, como determina el art.386, § único, III del Código Procesal Penal brasileño, por lo tanto, una razón más para no acreditarla como imputación penal.

La relevancia de la sentencia penal al ser condenatoria para la resolución del ámbito de la imputación reside en el aspecto de ser esta, un juicio de reprobación de la conducta humana.

Es una buena idea ponderar que la imputación no es la ligación establecida entre el hecho y el tipo penal, lo que equivaldría a decir que es sinónimo de tipicidad (tipicidad es la adecuación entre hecho y tipo), sino que, la imputación es el nexo entre la conducta prevista en el tipo penal como vedada y productora de ofensa al bien jurídico protegido, y la consecuencia jurídica de esa actuación llevada a efecto como agresión.

Así mismo, concurre para la noción de imputación, el hecho de que esa consecuencia jurídica (*sanctio penale*) derivada del comportamiento vedado por la norma penal en frente de la protección de bienes relevantes a la Sociedad, sea proporcional al gravamen resultante de la acción sobre ese bien jurídico tutelado y ofendido (Principio de la Ofensividad), y también, que sea adecuada, esto es,

capaz de promover la prevención general (dirigida a la Sociedad) y específica (para que el imputado no vuelva a delinquir).

Al comprenderse que la actuación humana es compuesta y resultado de la amalgama de características psicológicas y elementos materiales del comportamiento, que se prolongan y se renuevan concomitantes a la práctica delictiva, la imputación (que resulta de la entrada de la conducta en el mundo jurídico penal), al dar mayor relevancia a uno u otro aspecto, en el momento de su evaluación normativa, puede ser subjetiva u objetiva.

La imputación es subjetiva cuando su delimitación y apreciación se establecen esencialmente teniendo en consideración los elementos psicológicos del autor del hecho llevado a efecto (*secundum id quod intenditur*). En este sentido, se puede observar que para la Teoría Finalista de la Acción, la responsabilidad penal retrocederá en el tiempo, considerando la causalidad, hasta el momento en el enlace causa-efecto no hay más dolo por parte de los intervinientes en lo desdoblamiento material del delito, que como toda causalidad, tiende al infinito (prohibición del *regressus ad infinitum* subjetiva). Por lo tanto, en ese caso, el dolo fija el límite de retroacción de la imputación. Por ejemplo, el comerciante autorizado de arma de fuego no es responsable penalmente por un homicidio que venga a ser practicado con el producto vendido, en razón de no haber realizado acto de comercio con dolo (*animus necandi*).

Por otro lado, la imputación es objetiva cuando su demarcación y evaluación se aceptarán en criterios objetivos o objetivados por la condensación sistemática del substrato que representa el deber jurídico (ético y moral, apriorísticamente) de la vida en sociedad. Para la posmoderna Teoría de la Imputación Objetiva en el derecho penal, la responsabilidad penal retrocede en el tiempo, considerando la causalidad, hasta el momento en que la relación de causa y efecto deje de representar la creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico protegido por la norma, por lo tanto, hasta que la conducta de los intervinientes en el desdoblamiento material del delito pase a representar una actuación aceptada o tolerada en frente de la vida en sociedad (Teoría del Riesgo Permitido). Utilizando el mismo ejemplo de arriba, el comerciante autorizado de arma de fuego no es responsable penalmente por un homicidio que venga a ser practicado con el producto vendido, en razón de haber realizado fielmente (estereotipo) acto de comercio socialmente permitido, rompiendo con la causalidad al infinito

mediante la aplicación de criterio normativos-sociales objetivo (prohibición del *regressus ad infinitum* objetiva).

Sea subjetiva o objetiva la imputación, a través del juicio valorativo-normativo selecciona los elementos de la causalidad contenida en la conducta del agente, para limitar y viabilizar su incidencia (un 'colapso en la causalidad infinita'). Por cuenta de una necesidad lógica, la imputación se distancia de la pura relación natural justamente por el hecho de esta tender al infinito, tanto en dirección al pasado como al futuro, lo que implicaría en una extensión que imposibilitaría el *jus puniendi*. Además, la teoría de la imputación expone que la idea de identificación de la causa naturalista del crimen, como propuesta en el pasado, sin la evaluación normativa de la acción humana, implica en una arbitrariedad, no aceptándose en tal paradigma físico-natural apriorístico, como equivocadamente propalado. [99]

En cuanto a la imputación objetiva, objeto principal de esta investigación, aquí también denominada imputación cuántica, no debe ser confundida, por cuenta de su calificación como 'objetiva', con la responsabilidad penal desprovista de subjetividad (responsabilidad penal objetiva).

Primeramente, obsérvese el concepto de responsabilidad penal objetiva formulado por el profesor DAMÁSIO DE JESUS, *in verbis*:

Se da el nombre de responsabilidad penal objetiva a la sujeción de alguien a la imposición de pena sin que haya actuado con dolo o culpa o sin que haya quedado demostrada su culpabilidad, con fundamento en el simple nexo de causalidad material. [100]

En el seno de la noción de responsabilidad penal objetiva reside la Teoría del Derecho Penal Naturalista (dogma causal),

[99] En sentido contrario, defendiendo la vetusta y ultrapasada creencia en el naturalismo penal, mismo que hoy no encuentre más las muletas de la física para legitimar, asienta Silva Sánchez que: "En mi opinión, la imputación (normativa) y la explicación (empírica) definen espacios que se excluyen recíprocamente. Esto quiere decir que la imputación, la búsqueda y atribución de sentido solo tiene lugar con relación a aquellos fenómenos para los cuales no se alcanza una explicación empírica completa. De hecho, si no se puede explicar alguna cosa (atribuirla a la naturaleza) de modo pleno, entonces es preciso imputarla a alguien, sea a la sociedad como un todo, sea a algún agente individual concreto." (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. "A Expansão do Direito Penal". Tradução da 2ª edição espanhola por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2002. p.48).

[100] JESUS, Damásio Evangelista de. "Direito Penal". Vol I - Parte Geral. 18ª ed. San Pablo: Saraiva. 1994. p.399.

por cuanto, la imputación es verificada sin el elemento subjetivo de la conducta, siendo tenido en consideración apenas los desdoblamientos físicos de la acción. En última instancia implica en la responsabilización criminal hasta de los hechos concretizados por reflejo del agente, ya que, no comprende que sea considerada la acción humana como una actividad teleológicamente dirigida, inexorablemente marcada por la subjetividad que la domina. [101]

En sentido contrario, la imputación penal cuántica no induce la responsabilidad penal concedida por la consideración exclusiva de los actos practicados, estos observados concretamente, pues no se refiere a datos de la naturaleza, mucho aunque el acontecimiento le sea indispensable hasta mismo por la perspectiva del principio de la ofensa, con todo, ella se propone al establecimiento de criterios normativos objetivos que sean legítimos para la determinación del alcance y de la profundidad de la responsabilidad penal total (objetiva, subjetiva y normativa).

Así mismo, no se debe confundir también imputación con imputabilidad, pues esta última se refiere a las condiciones personales del autor del delito, como criterio para comprobación de culpabilidad, reprobabilidad de la conducta, a abrir camino para la aplicación de la sanción penal.

Teniendo la Teoría Finalista de la Acción aumentando a la tipicidad material del hecho el dato subjetivo de la acción humana, por su turno, la Teoría de la Imputación Objetiva en el derecho penal viene a agregar al conjunto de los aspectos del comportamiento objetivo-subjetivo, parámetros normativos para la delimitación de la imputación penal de la acción y del resultado. Así, la más contemporánea noción de imputación criminal resulta de la estratificación de los paradigmas formales de escuelas penales anteriores. [102]

[101] Quanto a esta perspectiva de conduta, denominada de "ação causal", Welzel informe que "Ignora que toda ação é uma *obra* (mais ou menos acabada), mediante a qual a vontade humana configura, isto é, dirige o suceder causal. O conteúdo da vontade, que antecipa mentalmente as conseqüências possíveis de um ato voluntário e que dirige, conforme um plano, e sobre a base do saber causal, o suceder externo, converte-se em um mero "reflexo" do processo causal externo, na alma do autor."(WELZEL, Hans. "O Novo Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p.35).

[102] Sobre a evolução da ciência penal, através da sucessão de teorias e escolas que a cada época fornece justificativa e legitimidade ao sistema penal, diz o prof. Luiz Greco que: "Apesar de todas as mudanças dialéticas de direção, tais sistemas se encontram numa linha de desenvolvimento contínuo: as categorias fundamentais se

La sucesión de "escuelas" penales, en esa perspectiva histórica no se manifiesta como una superación total de paradigmas anteriores, lo que, de cierta forma, por falta de comprensión, han creado un revuelo en la doctrina por cuenta de la visión equivocada de embate teórico fratricida. Se puede observar que hay apenas una "aparente" repulsa de la imputación objetiva en cuanto al finalismo, puesto que continua necesaria la verificación del elemento subjetivo del comportamiento para fines de imputación, con todo, esta estética conflictiva deriva de posicionamientos teóricos en campos específicos y de la adopción de presupuestos metodológicos diversos. La teoría finalista de la acción se acepta esencialmente en la concepción de voluntad dirigida al fin ilícito, por lo tanto, parte del paradigma del crimen doloso, ya que en el culposo la voluntad generalmente es lícita, y así esta se objetiva, ocurriendo el resultado por vía oblicua al posicionamiento volitivo. La teoría de la imputación objetiva, por su turno, nace y se estructura inicialmente para resolver cuestiones normativas relativas a los crímenes culposos, por lo tanto, nació teniendo este como paradigma. El finalismo es naturalista y pre-jurídico, al paso en que la imputación objetiva es funcional-teleológica. Así, esas cuestiones de génesis y de método, pueden crear un aparente conflicto teórico, pero esa visión repulsiva equivocada puede ser disuelta por el desarrollo de la ciencia penal.

No se debe, con todo, entender el Funcionalismo como a causa de la 'inflación legislativa' penal de ese fin de siglo, como lo hace el profesor FERNANDO GALVÃO. El Funcionalismo no representa la idea de amplia criminalización de conductas inofensivas como hace el derecho penal neoliberal, por el contrario, representa una perspectiva de derecho penal racional, teleológicamente estructurado para la defensa de los bienes jurídicos indispensables a la Sociedad, a través de una propuesta metodológica donde aquel no se presenta como un fin en sí mismo, sino como *ultima ratio* de control social, en frente de la Subsidiariedad y de la Fragmentariedad. [103]

---

mantiveram desde o naturalismo até hoje, apesar de todas as modificações de conteúdo a que foram submetidas; e cada 'época sistemática' fez dos esforços anteriores um objeto de sua própria reflexão, seja para desenvolvê-los, modificá-los ou para voltar-lhes as costas."(GRECO, Luís. "A Imputação Objetiva na Atualidade. Modelos Alternativos de Imputação". *in* ROXIN, Claus. "Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.116).

[103] GALVÃO, Fernando. "Política Criminal". Belo Horizonte - MG: Mandamentos. 2000.

En verdad, fue el finalismo quien primero rompió con el absolutismo del determinismo causal, esto, simplemente viendo el hombre como él lo es, una complejidad dialéctica e inseparable de sus manifestaciones psicológicas de consciencia o representaciones y actos externos de existencia manifestada. Pero también, y además de esto, es de reconocerse que, al introducir el elemento subjetivo en el tipo penal, abrió camino para que otros componentes normativos del sistema jurídico también ocupasen un lugar en la tipicidad, posibilitando la normatización del tipo penal, propuesta de la imputación objetiva. En este sentido también enseña el profesor Feijóo Sánchez: "Welzel insertó fundamentos irrenunciables para construir una teoría del tipo que introdujese en su seno fenoménico como el del riesgo permitido, el principio de la confianza o la delimitación social de ámbitos de responsabilidad". [104]

El dado histórico-evolutivo que esas transformaciones operadas en la teoría del crimen revelan, es que, considerando todas las 'escuelas' que otorgan subsidio teórico para la estructuración de una Teoría del Crimen siempre actualizada a cada época, el derecho penal moderno y posmoderno ha nacido y nutrido de la escuela del derecho penal alemán, tanto en las concepciones filosóficas fundamentales, como en los métodos científicos llevados a efecto: causalismo, finalismo, funcionalismo, etc... Específicamente, en cuanto a la Teoría de la Imputación Objetiva, aunque no haya consenso sobre el autor responsable por su primera elaboración, notoriamente por la maduración no-linear de los conceptos empleados, todos los dados que se presentan remeten a Alemania. [105]

Con todo, se vuelve indispensable la exposición de una advertencia en cuanto a este dato de origen, que además será reformulada en diversos pasajes de este estudio, que es la necesidad de transmutación (transformación de la substancia esencial) de postulados científicos formulados por la doctrina alemana, y que se destinan al

[104] Feijóo Sánchez, Bernardo. "Teoria da Imputação Objetiva". Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri - SP: Manole. 2003. p.130.

[105] Para Luiz Greco, el primer autor y esposar a insuficiencia del nexo de la causalidad material para la imputación penal fue Richard Honig (citado en la introducción a la obra de Roxin "Funcionalismo e Imputación Objetiva en el Derecho Penal"); para Damásio de Jesus, la introducción de la teoría de la imputación objetiva en Alemania se debe a Gimbernat Ordeig (in "Imputação Objetiva"); para Muñoz Conde a teoria da imputação objetiva foi elaborada por Claus Roxin (*in* Bitencourt & Muñoz Conde. "Teoria Geral do Delito").

sistema jurídico del pueblo germánico, para la adopción de valores que correspondan a la formación socio-cultural del pueblo latino. En el vértice central de la noción de imputación objetiva reside la inexorable aproximación del derecho al pueblo, por lo tanto, la adopción de este sistema de tipicidad normatizada implica en la verificación, como presupuesto lógico inexorable, de la sociedad brasileña.

De esta forma, hechas las debidas consideraciones, se puede conceptuar la imputación objetiva en el derecho penal como la responsabilización criminal de un sujeto por la práctica de una conducta creadora de un riesgo prohibido y ofensivo a un bien jurídico protegido por la norma penal, mediante un nexo de casualidad esencialmente normativo.

Así, la Teoría del Crimen viene creciendo en grado de complejidad, en frente de la sobre posición de criterios nuevos para la imputación, ahora subjetivos o objetivos, pero siempre con el deseo de resolver el más intrigante problema de la Teoría del Injusto Penal, que reside justamente en la causalidad material del delito, en frente del dogma causal naturalistico.

Reconociendo la diferencia entre causalidad e imputación, y que la primera es portadora de indeterminación (Principio de la Incertidumbre de HEISENBERG) como problema intrínseco, es posible consignar que, por el desenrollar de las tantas teorías que se sucedieron en la tentativa de ofrecer respuesta al problema, el futuro del derecho penal será marcado por la mayor autonomía de la imputación en frente de la causalidad, por criterios objetivos-normativos.

3.1.2. *Naturaleza jurídica de la imputación objetiva*

Definir la naturaleza jurídica de la imputación objetiva significa encontrar su contenido intrínseco y definir su lugar dentro de la sistemática de la ciencia del derecho penal.

Se trata de un conjunto de principios jurídicos (actualmente aún en proceso de sistematización), estructurados por la doctrina a través del método funcional-teleológico, que incide sobre la Teoría del Tipo Penal con el objetivo de la normatización del proceso de tipificación de los hechos sociales. Su naturaleza jurídica es de elemento constitutivo del tipo penal.

En cuanto al Funcionalismo, no se propone a defender la visión funcional de la Sociedad, lo que se presentaría, acaso destinada para el análisis de la sociedad brasileña, como una estratagema

ideológica. La sociedad brasileña, hasta el presente momento histórico, no se estructuró como un mecanismo funcional perfecto, y no siquiera reveló si es ese su objetivo, por cuanto es un pueblo aún en formación, que, por en cuanto, adopta la indefinición como régimen y tendencia.

La aplicación del Funcionalismo como método para el derecho penal, ex surge como una propuesta de sistematización del conjunto normativo respectivo, destinada para el sentido de operatividad teleológica de la propia estructura concebida. La asertiva consiste en reconocer la dirección de las premisas mayores del derecho penal, para además de la pura literalidad legal, y así conducir todo el sistema a su objetivo finalista trazado.

Como bien observa Claus Roxin, esta perspectiva de derecho penal solamente se justifica si la premisa política fuera la combinación de la garantía de libertad de los individuos con la seguridad social y jurídica que la colectividad necesita como indispensable. La indisimulable aceptación del conflicto entre lo público y lo privado afirma que no merece guarida el Liberalismo burgués de la competitividad exacerbada que dilacera la intersubjetividad solidaria y propone la guerra de todos contra todos (Hobbes), como también no la merece el Totalitarismo opresivo de la intervención estatal del paradigma soviético, que transformo el derecho penal en un programa de fidelidad partidaria. Roxin *in verbis*:

(...) Estado de Derecho y Estado Social no son opuestos inconciliables, sino componen una unidad dialéctica: una orden jurídica sin justicia social no es un estado de derecho material, y tampoco puede utilizarse de la denominación Estado Social un Estado planeador y providencialista que no acoja las garantías de libertad del Estado de Derecho. [106]

En cuanto a la Teoría del Tipo Penal, viene evolucionando desde el Fisicalismo, que lo tenía apenas como contenido legal descriptivo de una conducta física del hombre, esto es, narrativa del movimiento corporal de acción o inacción, hasta la relativización de este concepto con la introducción, paso a paso, de elementos subjetivos y normativos que efectivamente escapan de la mera materialidad de los acontecimientos.

[106] Roxin, Claus. "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.20.

El neokantismo, promovió una lectura normatizada del tipo penal, que rindió frutos irrenunciables a la Teoría del Tipo Penal, notoriamente cuando introdujo en el tipo la concepción de sus elementos normativos derivados de juicios de valor formulados por el propio Legislador y que escapan del paradigma metodológico de las ciencias de la naturaleza. En estos términos expuso JUAREZ TAVARES:

En el neokantismo, lo injusto es producto de una creación normativa, sin referencia real, como resultado de juicios de valor, teniendo en vista el objetivo observado por el legislador, que tanto puede ser la protección de bienes jurídicos como de cualquier otra situación estatal de conveniencia. [107]

La gran virtud del neokantismo, en la teoría general del derecho, fue haber dado el primer paso en dirección a la promoción de su independencia conceptual (en cuanto ciencia humana) en relación a las ciencias de la naturaleza. Con todo, aunque liberte el derecho de la Física clásica, finaliza por aprisionarlo en el Positivismo Jurídico, y en la arbitrariedad del Poder Legislativo ilimitado, que pasa a ocupar, con exclusividad, el vértice de la génesis del derecho.

Ya como resultado del paradigma epistemológico del siglo XX, el Finalismo pasa a reconocer el elemento subjetivo de la conducta humana, como un dato óntico, y consecuentemente introduce ese mismo elemento (a través de la acción típica) en el tipo penal, en adelante formado por caracteres materiales y psicológicos, ambos encarados bajo la perspectiva óntica y pre-jurídica.

El tipo penal, es importante consignar, con la Teoría Finalista, pasa a contener un *elemento implícito*, por cuanto, el dolo, por ejemplo, no necesita estar positivado, restando subyacente en la propia conducta. Con efecto, ser un elemento típico no significa haber necesariamente que estar positivado en términos explícitos.

Así, resulta que actualmente el tipo penal es formado por tres categorías de elementos: a) *objetivos*, relativos al desdoblamiento material del hecho; b) *subjetivos*, en el que dicen respecto al dato psicológico del autor en el momento de la conducta, o a la tendencias psicológicas sus, o aún a los fines específicos tratados por el mismo en la actuación y que están positivados en el tipo penal; c)

[107] TAVARES, Juarez. "Teoria do Injusto Penal". 2ª Ed. Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2002. p.135.

normativos, en cuanto a la valoración normativa que determinados signos del tipo exigen por parte del sujeto que interpreta la ley.

Al paso en que los datos objetivos y subjetivos son encarados como ónticos y pre-jurídicos, y adquieren una aplicación generalizada a todos los tipos penales, por cuanto residen en la propia conducta humana, para la doctrina 'tradicional' el elemento normativo del tipo pasa a tener aplicación puntual en determinados tipos penales que en su composición positivada exigen la evaluación jurídica de su significado y alcance. Se resume así su posición de marginalidad estructural.

Por cuenta de la elaboración teórica de Jiménez de Asúa, gran parte de la doctrina nacional también dio al elemento normativo del tipo penal un carácter de *anormalidad*, propagándose una 'tipicidad anormal', como exponen en este sentido Júlio Mirabete, Magalhães Noronha e Damásio de Jesus. [108]

En este sentido, por no adquirir aplicación generalizada en los tipos penales de la parte especial del código penal, el elemento normativo del tipo idealizado por el neokantismo no consiguió liberar completamente la Teoría del Crimen del dogma causal, restando aún aquella fuerza primordial de la Ciencia Física, que reside esencialmente en la supuesta evidencia de la causalidad natural (la contradicción terminológica de la 'Ontología Naturalista').

Pero, como ya fue aceptado en otros momentos, la imputación penal representa siempre una evaluación normativa de una relación social llevada a efecto (*relatio hominis ad hominem*), y así, no es motivo para escándalo o anormalidad la presencia de elementos de esa naturaleza en el tipo. Hasta mismo el verbo en el infinitivo que fundamenta la acción en el tipo penal, carece de interpretación. El verbo es un signo que atribuye significado al comportamiento. De ahí la observación de Aníbal Bruno, de que los elementos considerados como objetivos y descriptivos también conducen una carga de normatividad:

Cuando hablamos de elementos normativos nos referimos a aquellos en que este carácter es propiamente acentuado, porque,

[108] Presenta el elemento normativo del tipo como una anormalidad típica: Mirabete, Júlio Fabbrini. "Manual de Direito Penal". Parte Geral. San Pablo: Atlas. 2001. p. 116; Magalhães Noronha, Edgard. "Direito Penal". Vol.01. Atualização de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. San Pablo: Saraiva. 2000. p.100; De Jesus, Damásio Evangelista. "Direito Penal". Vol.01. San Pablo: Saraiva. 1994. p.239.

como hace notar BELING, mismo los elementos puramente descriptivos no excluyen la apreciación del sentido que les haya atribuido el legislador, o su sentido jurídico, que no siempre coincide con el sentido vulgar. [109]

Denunciando que "no siempre es posible cerrar una rígida frontera entre los elementos descriptivos y normativos", WESSELS defiende que ambos son elementos objetivos (externos), por cuanto "determinan el cuadro externo de aparición del hecho". [110]

En verdad, el vértice de la discusión reside tanto en la creencia del dogma causal, como en la ponderación presentada por HELENO FRAGOSO, según el cual, "los elementos normativos debilitan la función de garantía del tipo, introduciendo cierta indeterminación en el contenido de la conducta punible", posición también asumida por DAMÁSIO DE JESUS. [111]

Los componentes normativos del tipo, exigen del operador del derecho una perspectiva más amplia de la tipicidad, pues consignan características que efectivamente escapan del exclusivo sistema penal, esto es, provocan la concepción de que el derecho penal es un sistema penal cerrado, pero no aislado. Esa noción, siempre provoco repulsa de la mentalidad técnica superada en el puritanismo jurídico, pues, en esa concepción, la menor interacción del sistema penal con otra rama del derecho, o con materias extrajurídicas, crea la famosa y aún oscura inseguridad jurídica.

Pero, en el mismo momento en que propone el problema, HELENO FRAGOSO enseña un camino viable para la adopción de los componentes normativos del tipo, sin generar grandes inseguridades, al consignar que: "cumple, entre tanto, observar que la valoración realizada por el juez debe ser *objetiva*, esto es, realizada según los padrones vigentes, y no conforme la comprensión peculiar del juzgador." [112]

[109] BRUNO, Aníbal. "Direito Penal: Parte Geral". Tomo I. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.346/347.

[110] WESSELS, Johannes. "Direito Penal: parte geral". Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre - RS: Sérgio A. Fabris Editor. 1976. p.33.

[111] FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Lições de Direito Penal: a nova parte geral". 10ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Forense. 1986. p.164; Nesse mesmo sentido: JESUS, Damásio Evan gelista de. "Direito Penal". Vol I - Parte Geral. 18ª ed. San Panlo: Saraiva. 1994. p.240.

[112] *Idem, Ibidem.*

Esta lección de Heleno Fragoso, simplemente va al núcleo de la noción de imputación objetiva, demostrando que la presente teoría se venía se madurando en la mentalidad de los juristas, poco a poco, conforme el momento histórico propicia su desarrollo.

En cuanto a la pretensa *anormalidad típica* provocada por el elemento normativo, si es llevada a efecto acarrea la consideración de que la parte general del código penal es un sistema de profunda anormalidad generalizada, pues *de lege lata*, los componentes normativos típicos ahora se refieren al autor del delito (ex: funcionario público, médico, padre, madre, etc....), ahora al objeto material del delito (ex: documento, cosa mueble, etc...), y ahora a la propia conducta resumida en el verbo principal (ex: fraudar). No se muestra pasible argumentar que todos los delitos funcionales, o todos los delitos de fraude, representan una anormalidad típica.

En resumen, todo tipo penal representa una evaluación normativa de la conducta y su nexo con el resultado. Así, no se justifica la marginalización estructural de su elemento normativo. Su lugar debido en el sistema penal es en la Teoría del Crimen, como *ratio essendi* del tipo penal.

Además, si todo tipo penal es concebido como mecanismo teleológicamente estructurado para la defensa de determinado bien jurídico, y ese bien expresa una conceptuación normativa, ya que su perspectiva óntica es de manifiesta relación social, toda tipicidad será normativa.

En adelante, con el papel de liberar el tipo penal de las amarras del causalismo naturalista, cuya simplificación más complica de lo que esclarece, la imputación objetiva se impone como un elemento normativo constitutivo del tipo penal, de aplicación generalizada, pretendiendo incidir en todos los tipos penales (de acción o omisión; de resultado, formales o de mera conducta; en sede de tentativa o consumación), para la evaluación normativa de la conducta típica a través del Principio del Riesgo.

Desde el derecho penal clásico que el tipo tuvo un papel meramente descriptivo de hechos naturales, realizando su finalidad a través de la justa posición o subsunción de estos a aquel, cabiendo entonces a la perspectiva de la ilicitud realizar, con exclusividad, la tarea de valoración de la conducta, a través de los criterios subyacentes y, hasta mismo principiológicos, de lo socialmente dañoso y de lo jurídicamente reprobable. El tipo, así, estaría preso al

dogma causal, al paso en que el juicio de ilicitud realizaría la valoración normativa, como esencia de la imputación penal.

En cuando al tipo penal pasó a constituirse también en una estructura valorativa del comportamiento intersubjetivo, al lado de la ilicitud, creó en la doctrina un gran desentendimiento sobre la posición sistemática de la imputación objetiva, pues juristas entendieron que su lugar debido estaría en la ilicitud, donde pasaría a actuar como causa de justificativa, pero, *a contrario sensu*, otros reconocieron su lugar en la tipicidad, como elemento normativo del tipo penal. En este conflicto doctrinario, la última posición es ampliamente mayoritaria.

La resolución de la presente cuestión pasa por las nociones fundamentales de tipicidad y de la ilicitud, como elementos autónomos pero concurrentes para la caracterización del injusto penal. En primer plano, insta consignar que tanto la tipicidad como la ilicitud, representan calificaciones jurídico-penales para hechos relevantes ocurridos en el proceso de comunicación social intersubjetiva.

El problema de saber si la imputación objetiva forma parte de la estructura fenomenológica de la tipicidad o de la ilicitud, reside justamente en saber, cuando y como ocurre la evaluación normativa del hecho en una y en otra.

Cuando se parte para el análisis de la tipicidad de un hecho, según la evolución de la doctrina más contemporánea, se debe utilizar una noción *a priori* sociológica de acción y el método funcional de incidencia normativa del tipo, por cuanto solamente las conductas socialmente dañosas o inadecuadas, creadoras de un riesgo prohibido y relevante al bien jurídico-penal, son típicas. Los comportamientos humanos de repercusión social, situados dentro del campo de libertad de actuación social (WELZEL) o en el ámbito de la competencia por organización (JAKOBS), o sea, socialmente conformados o situadas en los contornos del riesgo permitido, no deben ser calificados por la tipicidad, mismo que produzcan eventualmente alguna especie de daño o peligro concreto vedado por la norma. Al determinarse que la acción típica es en esencia una acción socialmente reprobable, se formula así un concepto jurídico de fundamento sociológico para los comportamientos penalmente relevantes. [113]

[113] WELZEL, Hans. "O Novo Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p.60; JAKOBS, Günther. "Ação e Omissão

Según WESSELS, defensor de la *Teoría Social de la Acción*, que además es el punto de partida para la imputación objetiva de la conducta delictiva, "*socialmente relevante* es toda conducta que afecta la relación del individuo para con su medio y, según sus consecuencias ambicionadas o no deseadas, constituye, en el campo social, elemento de un juicio de valor". [114]

Cuando la evaluación normativa del hecho está marcadamente destinada para el análisis de su adecuación social, a través de la comprensión de su configuración, se encuentra inexorablemente destinada para la averiguación de su tipicidad. Por lo tanto, cuando la imputación objetiva se estructura a partir del Principio del Riesgo como criterio para la exclusión de tipicidad y consecuentemente de *imputatio facti ad juris*, se propone a residir de forma inequívoca en la teoría del tipo, más específicamente como elemento normativo constitutivo del tipo penal.

Es justamente por cuenta de este significado *a priori* sociológico de la conducta típica que el ordenamiento jurídico penal no prevé positivamente, causas de exclusión de tipicidad. La exclusión de la tipicidad no se da por contenido o significado interno al sistema jurídico-penal, notoriamente por el hecho social siquiera ingresar en este sistema. La atipicidad se da por criterios objetivos o normatizados, anteriores a la entrada del dato sociológico en el mundo jurídico, por lo tanto, interrumpiendo el proceso de comunicación entre la sociedad y el sistema jurídico-penal. Lo socialmente tolerado es atípico (autorización extrapenal de comportamiento).

Por su turno, la realización del tipo no es el incumplimiento de un deber jurídico-penal, esto es, deber derivado del propio derecho penal. El deber de no agresión posee fundamento ético y social, principalmente en razón de la interdependencia social, mientras tanto, se torna jurídico por la fuerza constitucional de la dignidad humana y de la solidaridad. Caso se considere la realización del tipo como incumplimiento de un deber jurídico-penal, implica en la afirmación según la cual toda conducta típica necesariamente deba ser antijurídica (en la perspectiva intrasistemica).

En último lugar, se debe ponderar también que la relación entre el dato sociológico y el tipo penal se da por vía oblicua, pues lo

no Direito Penal". Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri - SP: Manole. 2003. p.36.

[114] *Op.Cit.*, p.22.

socialmente inadecuado fundamenta la norma penal prohibitiva, al paso en que esta es que otorga la fundamentación, en adelante normatizada en pormenores realizables por la conducta, para la estructura típica.

De la misma forma, la subsunción del hecho social al tipo penal también se da por vía oblicua. Con todo, este proceso de subsunción no se da simplemente por cuenta de los métodos de interpretación que promueven la adecuación del hecho al tipo, lo que para HENRIQUE BACIGALUPO se resume en "transformar el *tipo de texto* en *tipo de la interpretación*". Además de la exclusiva existencia de los medios de interpretación del tipo, hay también entre el tipo y el hecho, la propia norma penal que fundamenta la descripción legal de la conducta prohibida y que comanda el juicio de tipicidad. Si el hecho no se presenta contrario a la norma penal, se está delante de un hecho atípico, mismo que haya perfecta armonía entre la previsión hipotética del tipo y el movimiento corporal del agente. [115]

Al final, como asienta KARL ENGISCH, la subsunción penal no resulta de la simple justa posición de un hecho (en cuanto dato óntico) a la ley penal, notoriamente en razón de los hechos sociales no ser absolutamente repetitivos. Así, acepta el jurista que, en el proceso de verificación de la subsunción "son, por lo tanto, subsumidos conceptos de hechos a conceptos jurídicos". [116]

La teoría del tipo penal bajo la perspectiva del paradigma científico gestado a partir del siglo XX, reclama una lectura actualizada que importa en el abandono de la concepción de tipo descriptivo para la adopción del modelo conceptual de *tipo fenomenológico*, debiendo ser analizado cada uno de estos, en ese paso.

La noción de tipo descriptivo porta como vértice el fantasma de la 'ontología naturalista' del dogma causal, por cuanto su propuesta metodológica se asienta en la percepción de la cosa en sí, del hecho en sí. Todavía, el Empirismo de la cosa en si, como se acreditó hasta el siglo XIX, ya se muestra anacrónico, como aceptando frecuencia en capítulos anteriores de esta pesquisa, normalmente frente al avance de la Física atómica. Basta considerar aquella acertada proposición de la metodología científica y filosófica de

[115] BACIGALUPO, Henrique. "Técnica de Resolución de Casos Penales". Buenos Aires - Argentina: Hammurabi. 1990. p.47.

[116] ENGISCH, Karl. "Introdução ao Pensamento Jurídico". 8ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa - Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. p.95.

HEIDEGGER según la cual, el puro ser es el puro nada, para crearse un *vacuum* en lo centro del tipo descriptivo.

Por otro lado, el tipo penal fenomenológico, que se verificará metódicamente hasta el final de esta pesquisa, es una prescripción hipotético-deductiva semiológica carente, cuyo sentido teleológico resulta de la significación normativa que la conducta humana porta y le presta para la formación de una categoría jurídica. La premisa mayor de esa evaluación típica hipotético-deductiva reside justamente en la conducta socialmente inadecuada como fundamento de la subsunción penal.

La actual manutención de la perspectiva de la 'ontología naturalista' en el tipo penal se da en frente del *sensus communis* que representa, no por cuenta de una configuración científica. En este contexto, se muestra la cualidad impar de la obra de PONTES DE MIRANDA, como quien realmente trato del derecho como objeto de ciencia:

No podía el derecho, bajo pena de abismarse en densa metafísica de mala procedencia, pretender tratar de objetos en lo que tienen ellos de substancial; nuestros términos, de cosa en sí. El hecho, el cuerpo, la materia, en lo que de ellas conocemos y en lo que podremos conocer en el futuro, por dentro de ella y por fuera, son apenas la unión de los elementos, de los colores, sonidos, etc., sino las simples señales, las simples imágenes. [117]

Es interesante observar que ni siquiera el mismo concepto de 'noche' para el derecho es ontológico, sino seria el mismo para el proceso penal y para el proceso civil. En el proceso penal brasileño, 'noche' es el período comprendido entre el crepúsculo solar y el nuevo amanecer, o sea, es una noción que incorpora la propia aleatoriedad temporal y natural del oscurecer. En el proceso civil brasileño, la 'noche' posee un concepto puramente normativo, por lo que se resume como siendo el período temporal comprendido entre las 20:00 hs hasta las 06:00 hs del día siguiente.

Estas varias concepciones de 'noche' demuestran la diferencia entre lo 'naturalismo ontológico' y el 'normativo-legal', bien como, la no vinculación obligatoria de los criterios legales y de la imputación a los desdoblamientos causales naturales.

[117] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Sistema de Ciência Positiva do Direito". tomo I. atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas - SP: Bookseller. 2000. p.184.

En cuanto al examen de la, ilicitud del hecho, se caracteriza por una evaluación normativa bajo la perspectiva sistemática del derecho penal. Es un procedimiento de calificación que presupone la tipicidad de la conducta, por lo tanto, importante se hace que la misma ya haya ingresado en el sistema penal, y que se lleve a efecto con fundamentos normativos internos y aplicación del método sistemático-teleológico.

La ilicitud penal, en frente de los principios de la fragmentariedad y de la subsidiariedad, teniendo en vista la gravedad del ataque al bien jurídico, presupone la reprobación de la conducta por todo el ordenamiento jurídico, aunque lo inverso no se muestre en esa misma configuración, pues no todo ilícito civil o administrativo, que pueden ser menos gravosos, aseguran que la conducta también se subsumirá a la ilicitud criminal.

Al paso en que la tipicidad es sopesada específicamente teniéndose en cuenta cada tipo, en frente de la fragmentariedad del derecho penal, la comprobación de la ilicitud es hecha genéricamente, o sea, considerando en bloque todo el sistema jurídico. Así, en cuanto a la tipicidad es específica a cada tipo y a cada comando normativo que lo fundamenta, la ilicitud es general y la misma para todos los tipos penales. En este sentido también es el entendimiento de WELZEL al enseñar que: "*Antijuridicidad es, pues, la contradicción de la realización de un tipo con el ordenamiento jurídico en su conjunto* (no apenas con una norma aislada)." [118]

En el mismo sentido se presentan las excluyentes de ilicitud que, por no obstante ser normas permisivas de comportamiento y poseen fundamentación interna al ordenamiento jurídico (no solo al sistema jurídico-penal), son también generales, y de autorización *sui generis*.

En cuanto al carácter general de las causas de justificación del hecho típico, el profesor CELSO DELMANTO, analizando la parte final del inciso III del art.23 del Código Penal brasileño, que se refiere a la exclusión de la ilicitud por el "ejercicio regular del derecho", pregona su lección por el carácter general de ilicitud penal en consonancias con todo el ordenamiento jurídico, *in verbis*:

La ley considera excluyente el *ejercicio regular de derecho*. El fundamento de esa exclusión está en que la antijuridicidad es

[118] *Op.Cit.*, p.51. Nesse sentido também: WESSELS, Johannes. "*Direito Penal ...*" p.62.

única y no privativa del derecho penal o de cualquier otra rama del derecho. El ordenamiento jurídico ha de ser armónico. Por eso, si un comportamiento es aprobado o legitimado por ley extrapenal (civil, administrativa etc.), el derecho penal no puede considerarlo ilícito penal. [119]

Las causas de justificativa pueden hasta apoyarse en razones de política-criminal o sociológicas como defiende ROXIN, con todo esta concepción puede apenas verificarse en el momento de su génesis en cuanto comando normativo positivado, en el momento mismo de su elaboración legislativa, con todo, una vez ya expresa en el ordenamiento jurídico, se desprende totalmente de aquellas razones (política-criminal o ponderaciones sociológicas), pues en verdad son *autorizaciones calificadas* (autorización *sui generis*) otorgadas por el propio ordenamiento jurídico en razón de conflicto entre bienes jurídico-penales en un determinado hecho. Por lo tanto, su significado fenoménico es normativo, como parece ser la resolución de conflictos entre bienes jurídicos. [120]

Con todo, existe un problema doctrinario en cuanto a la relación entre la conducta típica según la adecuación social y las causas de justificación, por cuanto el hecho típico y lícito posee, en una primera observación, un significado intrincado para el sistema de derecho penal, según el cual la conducta socialmente dañosa puede ser permitida por el ordenamiento jurídico, lo que sugiere un contra-sentido. Analizando esta proposición, WELZEL observo que "la insuficiente distinción entre la adecuación social y las causas de justificación pesa sobre la teoría de la adecuación social desde sus orígenes." Entre tanto, el mismo profesor germánico propone una posibilidad de conformación de esas posiciones teóricas aparentemente conflictivas:

Como ámbito *normal* de la libertad de actuación social se distingue la adecuación social de las causas de justificación, porque estas conceden también una "libertad" de acción, pero de naturaleza

[119] DELMANTO, Celso. "Código Penal Comentado". Atualizado por Roberto Delmanto. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1991. p.41. Nesse sentido também: FRAGOSO, Heleno. HUNGRIA, Nelson. "Comentários ao Código Penal". Vol.01. tomo II. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.586.

[120] A respeito do posicionamento de Roxin sobre a relação entre as excludentes de ilicitude e a política criminal, *v.* ROXIN, Claus. "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002.

especial; se trata de un *permiso especial*, de una *autorización* para realizar acciones típicas, esto es, socialmente inadecuadas. [121]

Es notoriamente por ser fruto de lo que hay sistemáticamente consolidado, que las causas de exclusión de antijuridicidad no se expresan por razones de política criminal, sino que poseen substrato claramente normativo e implican en la solución que el propio ordenamiento jurídico otorga a los conflictos entre bienes jurídicos.

La cuestión de las justificativas permitió una acción típica, o sea, autorizar un comportamiento socialmente lesivo, no dice respecto apenas a la teoría de la imputación objetiva o de la acción social, pero si, se insiere en el contexto de la discusión de legitimidad del sistema penal, por cuanto, *a priori*, puede indicar una aparente dicotomía y arbitrariedad del sistema de derecho penal frente a la configuración de la sociedad (dicotomía apenas aparente).

De esta forma, una vez más propagando que la imputación objetiva reside en el juicio de tipicidad, Jakobs asienta, en definitivo, el papel del riesgo permitiendo en la sistemática del derecho penal:

El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino establece lo que son hipótesis normales de interacción, ya que la sociedad –cuyo estado normal es lo que interesa aquí– no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción. [122]

El sistema de derecho penal es compuesto por normas prohibitivas específicas que fundamentan el tipo penal (cada tipo pose un comando normativo distinto, como, 'es prohibido matar' para el homicidio y 'es prohibido apropiarse de lo ajeno' para el hurto, etc....), bien como por normas permisivas generales que, dentro del sistema, cancelan intervenciones dañosas sobre bienes jurídicos ajenos protegidos por aquella norma específica. Por esta razón estructural es que el hecho social ingresa en el sistema represivo, pero finaliza por ser permitido, expresando la naturaleza jurídica conflictiva de las causas que alejan la ilicitud. Y por esta razón también es que Wessels entiende que la justificación de la conducta típica resulta,

[121] Welzel, Hans. "*O Novo Sistema ...*". p.60/61.

[122] Jakobs, Günther. "A Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução de André Luís Callegari. San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2000. p.35.

"de la colisión entre la norma prohibitiva o de comando, fundamentada del tipo de injusto, y una oración permisiva". [123]

3.1.3. *Imputación de la conducta versus imputación del resultado*

Otra querella doctrinaria interesante se establece y consiste en saber si la imputación objetiva incide exclusivamente sobre la conducta o si apenas en cuanto al resultado, o aún se, se aplica sobre ambos. Se trata de una discusión no apenas afecta a la imputación objetiva, sino que viene intrigando la ciencia penal desde sus primeras exposiciones teórico-sistemáticas, y que consiste esencialmente en saber si la imputación penal representa un desvalor (valoración negativa) de la conducta o del resultado.

La raíz del problema, que crea una dicotomía entre acción y resultado delictivos, está en la aplicación del dogma causal, normalmente por haberse convalidado en método de raciocinio científico (el Naturalismo no es apenas una teoría científica, es un paradigma y un método de raciocinio científico, característicos del siglo XIX).

Esa disonancia doctrinaria resulta de la perspectiva naturalista del crimen, pues esta crea algunos problemas peculiares cuando considera el injusto penal como reprobación de la conducta (naturalista), pues así posibilitará la punición de un comportamiento inofensivo al bien jurídico protegido por la norma. De otro lado, al considerarse el injusto penal como reprobación del resultado (naturalista), se crea una crisis sistémica para los delitos tentados, por no ser consumativos de un resultado (naturalista).

Conforme la Teoría Finalista de la Acción, WELZEL ya en trabajo realizado en 1939 (*studien zum system des strafrechts*), criticaba la concepción naturalista de delito como reprobación de la conducta, tomando una posición que sustentó por todo su desarrollo doctrinario subsecuente. Afirmo adelante que, "si el injusto criminal quedase completamente constituido con el desvalor de la acción se estaría olvidando que este solo se puede fundamentar con referencia a la lesión de un bien jurídico, o sea, al desvalor del resultado." [124]

Como estos problemas resultan del dogma causal y del paradigma naturalista del crimen, la solución está, bajo la perspectiva lógica, en abandonarlos en determinados casos prácticos (autoría

[123] (123) – *Op.Cit.*, p.62.
[124] WELZEL, Hans. "*O Novo Sistema* ...". p.49 (en nota al pie).

intelectual), o ponerles en el debido lugar, en frente del reconocimiento de su posición secundaria para el hecho típico.

La conducta delictiva en frente de la teoría de la imputación objetiva, se concretiza en el comportamiento humano que crea un relevante riesgo prohibido de lesión al bien jurídico al cual se dirige teleológicamente, de forma que, todas las acciones típicas producen un resultado normativo, sea en el riesgo de daño considerado como pasible y idóneo, o en la producción del resultado dañoso (que es la concretización del riesgo sobre el bien jurídico).

Es posible aún que parte de la doctrina haya entendido que la imputación objetiva incide apenas sobre la conducta, en frente de sus primeras elaboraciones teóricas se destinasen con mayor énfasis para la conducta creadora de un riesgo prohibido, como fue el trabajo inaugural de ROXIN en 1970. Con todo, al paso en que la imputación objetiva se va consolidando doctrinariamente, se va firmando como una normalización de todo el hecho típico, o sea, como elemento normativo del tipo sobreviene a la conducta al nexo causal y al resultado. [125]

Como la tipicidad deriva de la creación de un riesgo prohibido, y ese riesgo no puede ser abstractamente considerado bajo pena de contrariar al Estado Democrático de Derecho y volver oscura la teoría del crimen, se debe ponderar que su materialización se da por la manifestación del riesgo en concreto, esto es, idóneo para afectar el bien jurídico, siendo esta potencialidad ofensiva concreta, su significado de relevancia para la formación del injusto penal, como resultado normativo.

Por lo tanto, mismo los delitos tentados son portadores de un resultado normativo, pues, además de centrarse en el dolo como elemento subjetivo del tipo, la noción de tentativa está fundamentada en la idoneidad del riesgo prohibido creado por la acción palancada, para la afectación del bien jurídico protegido.

No obstante, el dolo continúe indispensable para la tentativa, la mera voluntad o deseo no posee legitimidad suficiente para la determinación de la tipicidad de la conducta, siendo esencial que concurran también, la creación del riesgo desaprobado y la idoneidad de los actos practicados para la consumación del delito. La

[125] El principio del riesgo surgió a través del trabajo de Claus Roxin (*Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*), presentado en 1970 cuando de la conmemoración de los 70 años del jurista alemán Richard Honig.

estructura normativa de la tentativa no se fundamenta exclusivamente en el desvalor (valoración negativa) de la acción, como se supone, sino también en la protección del bien jurídico defendido por la norma, aunque no haya sido materialmente alcanzado (resultado normativo).

Lo que ocurre con los delitos clasificados por la doctrina como siendo de resultado, es que, aunque su *ratio essendi* sea un resultado normativo, poseen el naturalista (dato óntico) como elemento secundario (secundario porque, por ejemplo, no toda muerte provocada es jurídicamente un homicidio).

En cuanto a todos los otros delitos, que se podrían clasificar bajo la óptica de la doctrina 'tradicional' como delitos no materiales o sin resultado, permanecen con su resultado delictivo exclusivamente normativo, sin el dato físico secundario.

De esta forma, no se puede olvidar la lección del profesor MUÑOZ CONDE, cuando enseña la inadmisibilidad, para el derecho penal, entre la evaluación de la conducta y del resultado respectivo en el delito, mismo que este resultado sea apenas potencial en la perspectiva naturalista, pues "el valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado". [126]

Como todo delito posee un resultado normativo, es esencial que la imputación objetiva considere el hecho típico en su totalidad, siendo imputación de la conducta y del resultado. [127]

3.1.4. *El derecho penal como sistema*

Para la presente exposición del derecho penal como sistema, se propone partir de aquellas estructuras de sistema otorgadas por la físico-química y que ya fueron analizadas cuando del estudio superficial del principio de la entropía, en capítulo anterior de este trabajo (*v*. La crisis de la causalidad en la física y en el derecho penal).

Los sistemas, en cuanto conjunto de fenómenos o proposiciones epistemológicas coordinadas entre sí que concurren para la formación de una unidad, a respecto de la propuesta de la físico-química, pueden presentarse de tres formas distintas: a) *sistema*

[126] MUÑOZ CONDE, Francisco. BITENCOURT, Cezar Roberto. "Teoria Geral do Delito". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.232.

[127] En este sentido también es el posicionamiento de Damásio de Jesus. *in* JESUS, Damásio Evangelista de. "Imputação Objetiva". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.36.

abierto, siendo aquel que cambia masa y calor con el medio; b) *sistema cerrado*, quepermuta con el medio apenas calor; c) *sistema aislado*, que no cambia ni masa ni calor con el ambiente externo.

Cumple observar que en la naturaleza existen apenas los sistemas abiertos y los cerrados. En cuanto al sistema aislado, podrá resultar de la intervención humana, con todo, es discutible su plausibilidad.

En la ciencia del derecho hay un error metodológico en cuanto a su concepción sistemática, que se presenta generalizado en la doctrina, tanto nacional como extranjera. Este equívoco fundado, se refiere a la confusión que los juristas hacen entre sistema cerrado y aislado. La doctrina ha equiparado los dos conceptos, cerrado y aislado, cuando quiere decir que el derecho existe por sí, y se nutre de su propia esencia, como un sistema *autopoiético* (NIKLAS LUHMANN). Entre tanto, sistema cerrado y sistema aislado no son sinónimos, por cuanto en el primero aún hay comunicación con el medio externo. En cuanto al segundo, no se muestra plausible siquiera en las ciencias de la naturaleza.

Como el sistema cerrado se comunica con el medio exterior, su principal característica finaliza por ser la de que "hay, así, un auto movimiento, relativamente independiente de agentes externos, como sistema cerrado", en la límpida lección del professor LOURIVAL VILANOVA. [128]

Acontece que la concepción del derecho en cuanto sistema aislado (NIKLAS LUHMANN), es una proposición política e ideológica, no una afirmación científica. La doctrina del 'primer mundo' defiende el sistema jurídico como un sistema aislado, por cuenta del alto índice de migración que hay de los países pobres para los ricos, introduciendo nuevos contenidos culturales que pueden descaracterizar la identidad originaria de los valores normatizados en cada sociedad que alcanzo el desarrollo económico y social, sea en Europa, en Asia o en América del Norte. Obsérvese, por ejemplo, la preocupación que JESUS-MARIA SILVA SÁNCHEZ tiene con el fenómeno migratorio, al reconocerlo como causa de "importantes problemas de vertebración interna" de las sociedades posindustriales europeas: "Lo nuevo es que las sociedades pos-industriales europeas experimenten problemas de vertebración hasta hace

[128] VILANOVA, Lourival. "Causalidade e Relação no Direito". 4ª ed. San Pablo - SP: RT. 2000. p.36.

poco por ellas desconocidos (por la inmigración, la multiculturalidad y los nuevos bolsones de marginalidad)." [129]

Esa concepción del derecho como sistema aislado ha sido mecánicamente reproducida y aplicada en Brasil por cuenta de la mentalidad colonizada brasileña, que se satisface copiando de forma automática, los paradigmas políticos y científicos gestados en el 'primer mundo'. La historia, como bien observa la profesora JEANNETTE A. MAMAN, demuestra esta dependencia colonial estructural de la mentalidad brasileña:

Se sucederán el colonialismo portugués, el absolutismo monárquico, el idealismo constitucionalista pseudo-liberal, las dictaduras de tipo latino-americano, el oportunismo cínico del llamado centro, el neoliberalismo privatista, las utopías alienadamente exóticas – y todo esto fue legalizado, legitimado, constitucionalizado, hasta en nombre de la democracia. [130]

La más grave consecuencia que este 'derecho copiado' crea para el sistema jurídico nacional, es el distanciamiento que se manifiesta entre el Derecho y el Pueblo, o sea, no hay equivalencia estructural entre la ley escrita y el valor social, por lo tanto, entre el derecho y la justicia (*deslegitimación*).

Aquella preocupación de los juristas europeos con el multiculturalismo no se muestra, si quiera plausible, en cuanto a la sociedad brasileña. Hay en Brasil el reconocimiento histórico, y constitucionalmente consagrado, de que el multiculturalismo es justamente la propuesta socio-estructural brasileña. Ningún otro pueblo acoge y manifiesta con tanta espontaneidad la diversidad de culturas. Además, se reconoció en el conjunto del texto constitucional que el pueblo brasileño resulto del encuentro de europeos, indios nativos y negros africanos, garantizando seguridad y *status* jurídico especial a los dos últimos en frente de los arts. 215/216 y art. 231/232 de la Constitución Federal de1988.

La sociedad brasileña aún está en proceso de cohesión colectiva basada en el multiculturalismo, por lo tanto, se trata de otro panorama especulativo diferente del europeo. De ahí el grave error

[129] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "A Expansão do Direito Penal". Tradução da 2ª edição espanhola por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2002. p.32.

[130] MAMAN, Jeannette Antonios. "Fenomenologia Existencial do Direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro." 2ª ed. San Pablo - SP: Quartier Latin. 2003. p.18.

de simplemente importar teorías jurídicas sin proceso de digestión crítica y adaptación a la realidad nacional.

Tiempos hubo en que la vertiente cultural brasileña, de origen africana, era reprimida con pilar en la legislación penal, como la prohibición de cultos religiosos divergentes de la religión oficial del Estado constante en el art. 276 del Código Criminal del Imperio de Brasil de 1830 (aplicable también en cuanto a los cultos religiosos indígenas), además de la prohibición de la Capoeira, en el art. 402 del Código Penal de los Estados Unidos de Brasil de 1890, y en el art. 399 y siguientes de la Consolidación de las Leyes Penales de 1932. Actualmente, el art. 284 del Código Penal en vigor, a través de la figura típica del Curanderismo, criminaliza elementos de la cultura indígena en cuanto a sus tradicionales medios de cura aplicables a sus enfermos, en una flagrante inconstitucionalidad. [131]

En el presente momento histórico de la política estructural del neoliberalismo importado, el (también histórico) flagrante distanciamiento del gobierno estatal en relación al pueblo brasileño, crea el sustentáculo político-ideológico para que el sistema jurídico aislado *autopoiético* se desenvuelva impunemente. En cuanto al resultado social de esta ecuación, se expresa en el binomio miseria/violencia.

En las sociedades contemporáneas que alcanzaron relativo grado de desarrollo tecnológico, las relaciones sociales se presentan en un creciente modelo de complejidad y no-linealidad, con todos los subsistemas de la estructura social presentando problemas y distorsiones, como la multifacética exclusión del hombre

[131] Así disponía el tipo penal del art. 276 del "Código Criminal del Imperio de Brasil" de 1830: "art. 276. Celebrar en casa, o edificio, que tenga alguna forma exterior de templo, o públicamente en cualquier lugar, el culto de otra Religión que no sea la del Estado. Penas – de ser dispersos por el Juez de Paz los que estuvieran reunidos para el culto; de la demolición de la forma exterior; y de la multa de dos a doce mil reales, que pagará cada uno." El art. 402 del "Código Penal de los Estados Unidos de Brasil" de 1890 (Capítulo XIII - De los Vagabundos y Capoeiras), así disponía: "art. 402. Hacer en las calles y plazas públicas, ejercicios de agilidad y destreza corporal conocidos por la denominación capoeiragen; andar en correrías, con armas o instrumentos capaces de producir una lesión corporal, provocando tumultos o desordenes, amenazando persona cierta o incierta, o incurriendo términos de algún mal. Pena de prisión celular de dos a seis meses." En el art. 399 y siguientes de la "Consolidación de las Leyes Penales" de 1932, también existía la equiparación del "capoeira" al "vagabundo", aunque los tipos penales en cuestión no fuesen claros en cuanto a los elementos característicos de la lucha de capoeira.(*in* PIERANGELI, José Henrique. "Códigos Penais do Brasil - evolução histórica". 2ª ed. San Pablo - SP: RT. 2001).

no-propietario (exclusión cultural, social y económica). En esas sociedades, el sistema jurídico asolado tiende a reproducirse por ponderaciones analíticas *autopoiéticas* distantes de la complejidad y de la aleatoriedad social, transformándose en un instrumento ideológico por no conseguir expresar su realidad estructural. En esta coyuntura, el derecho pasa a presentarse apenas como mito, y como instrumento simbólico conformador del ansia de justicia que porta el destinatario de la norma.

La sistematización del derecho penal no puede generar el riesgo de abandonar el campo de la propia objetividad. En frente de la teoría del bien jurídico-penal, bien como de los principios de la fragmentariedad y de la subsidiariedad, el derecho penal en adelante fundamentado también sobre la teoría del riesgo permitido, debe observar que apenas en frente de las conductas creadoras del riesgo socialmente reprobado, incidentes sobre bienes jurídicos indispensables, y evaluables bajo la perspectiva de varias figuras típicas diferentes, se deberá establecer el juicio de tipicidad. Por lo tanto, su sistematización requiere inexorablemente que haya comunicación con el espacio social (complejo e irregular), con todo, procurando estabilidad y unidad internas sin absolutismo, pues este implica en la negación de la objetividad sociológica. Se ve, a este respecto, como la jurisprudencia crea un sistema de valores dotados de estabilidad considerable sin portar de forma absoluta.

Consigna acertadamente Chaïm Perelman, que esta idea de sistema jurídico (como sistema formal y aislado) fue concebido "a partir del modelo de sistemas de geometría", demostrando ser prole del superado paradigma científico del naturalismo modernista. Además, observa aún el mismo autor, que es un modelo destinado a la abstracción, y que no consigue alcanzar el fin al cual se propone (falta de idoneidad teleológica), por ser "aislado del contexto social al cual se supone que actúe":

Con efecto, si el derecho es encarado bajo su aspecto teleológico, o sea, como un medio tratando a un fin que debe ser realizado en el seno de una sociedad en mutación, él no puede ser indiferente a las consecuencias de su aplicación. Para adaptarse a su papel de medio, el derecho deberá flexibilizarse, introducir en su estructura y en su formulación elementos de indeterminación. [132]

[132] Perelman, Chaïm. "Ética e Direito". Tradução de Maria Ermantina Galvão. San Pablo - SP: Martins Fontes. 1999. 423/424.

De esta manera, partiendo de aquella premisa mayor social y constitucional, es de observar que el derecho, en cuanto sistema, se representa en esencia fenoménica como un sistema cerrado (pero no aislado), siendo esta la perspectiva a ser adoptada para el desarrollo doctrinario del sistema de derecho penal.

El derecho penal, mismo a través de un proceso de comunicación con todo el medio jurídico y social, no pierde su núcleo de condensación normativa que le da autonomía y significado. Lo que da sentido propio al derecho penal es su singular estructura normativa dotada de funcionalidad sistémica destinada a la realización de un menester teleológico peculiar, que es la protección de los bienes jurídicos esenciales a la sociedad, en frente de agresiones socialmente desaprobadas y jurídicamente relevantes.

Siendo así, el sistema del derecho penal se presenta con un núcleo consolidado y propio que le da unidad y sentido, sino que se concretiza en el mundo real a través de un proceso de comunicación con otros sistemas de derecho, siendo esencial para este estudio, el constitucional, que le otorga el substrato y fuerza normativa para la consecución de sus fines, y el sistema histórico-sociológico que fundamenta la estructuración y funcionalidad de la norma penal, en cuanto comando de valor frente a los hechos sociales concretos.

El "Derecho Penal-Constitucional" es una realidad jurídica fundamentada en los Principios Constitucionales que garanticen los Derechos Humanos (de todas las generaciones) y en el paradigma de Estado Social y Democrático de Derecho, que fundamentan la política criminal, la elaboración sistemática de la ley penal ordinaria, y las consecuencias de la imputación penal para el hombre, para que vea su *status libertatis* completamente resguardado y rehabilitado en el transcurrir de las operaciones del control social represivo institucionalizado. En este sentido también es la actualizada lección del profesor MAURICIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, *in verbis*:

Lo cierto es que apenas bajo el fundamento de un Estado democrático de derecho se puede pensar en la reconstrucción de un sistema penal más harmonizado con el sentido garantizador de la libertad que tanto se busca como forma de reducción de las potencialidades interventoras del Estado bajo la esfera de derechos más caros de la sociedad y del individuo. [133]

[133] LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. "Princípios Políticos do Direito Penal". 2ª Ed. San Pablo: Revista dos Tribunais. 1999. p.74.

Desde la revolución liberal francesa y el constitucionalismo moderno, que la idea de Constitución es presentada como una condensación principiologica que determina la estructura del Estado (en cuanto poder, gobierno y administración pública) y de las relaciones sociales intersubjetivas por la adopción de directrices político-jurídicas. Esa perspectiva representa la organización de la fuerza suprema de un pueblo.

Con todo, en frente del vetusto Positivismo Jurídico, paso a paso se fue creando la idea de sistema jurídico fragmentado en subsistemas normativos autónomos (aislamiento), haciendo surgir una concepción equivocada de la realidad jurídica que pasó a ser percibida en retazos, como, el derecho civil, el penal, el derecho procesal, administrativo, etc...., regidos por comandos principiológicos propios y, aparentemente, sin ligación con la Constitución. Bajo esta perspectiva, el valor constitucional superior no poseía incidencia normativa directa e inmediata sobre los subsistemas, sino apenas como criterio hermenéutico o portador de función subsidiaria, cuando hubiese laguna en la ley ordinaria.

Por esta razón es que el Principio-Garantía aceptado en el art.5º XXXIX de la Constitución Federal de 1988, según el cual "no hay crimen sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal", es repetido *ipsis literis* en el art.1º del Código Penal, como si fuese necesaria su previsión en la ley ordinaria para que tuviese fuerza normativa dentro del sistema de derecho penal.

Este mecanismo de debilitamiento de la fuerza normativa constitucional, representa, en última instancia, el debilitamiento de todo el ordenamiento jurídico por la pérdida de su función teleológica, que es la realización de sus propios preceptos máximos.

El posicionamiento que tendía al aislamiento de los subsistemas jurídicos en frente de la fuerza normativa de la Constitución se aceptaba aún en la idea de que aquellos se apoyan en 'Principios Generales de Derecho', identificables en la propia legislación ordinaria (Positivismo) o, en una zona indefinida de la naturaleza o de la psicología humana (Naturalismo).

Esta perspectiva, además, también se encuentra superada por el Constitucionalismo Posmoderno (cuja premisa estructural política es el Estado Social-Demócrata), pues al aproximarse el ordenamiento jurídico de su contexto social correspondiente surge la supremacía de la Constitución material como portadora del significado de los 'Principios Generales de Derecho'. Estos no pueden

estar en otro lugar sino en la Constitución. Esta es la magnífica lección del profesor Paulo Bonavides, en los siguientes términos:

El punto central de la gran transformación por que pasa los principios reside, en rigor, en el carácter y en el lugar de su normatividad, después que esta, inconcusamente proclamada y reconocida por la doctrina más moderna, salta de los Códigos, donde los principios eran fuentes de mero tenor supletorio, para las Constituciones, donde en nuestros días se convierten en fundamentos de toda la orden jurídica, en la calidad de principios constitucionales. [134]

La fuerza normativa de los Principios Constitucionales, bajo este prisma, posee capacidad y legitimidad suficiente para autorizar al aplicador del derecho a resolver, *in bonam partem* en frente de los Derechos Humanos ser el vértice de la Constitución, un caso penal con un criterio *supra legem* o mismo *contram legem*, de naturaleza principiológica constitucional.

Para el constitucionalista portugués Gomes Canotilho, la 'fuerza normativa de la Constitución' es un Principio de Interpretación de la Constitución, según el cual "en la solución de los problemas jurídico-constitucionales se debe dar prevalencia a los puntos de vista que, teniendo en cuenta los presupuestos de la constitución (normativa), contribuyen para una eficacia óptima de la ley fundamental". [135]

No obstante, la interpretación de la Constitución deba ser realmente destinada a su efectividad máxima, el principio relativo a su fuerza normativa no se insiere en este contexto instrumental o metodológico hermenéutico.

Se debe verificar que la supremacía constitucional resulta no solo de su concepción puramente formal caracterizada como norma fundamental del ordenamiento jurídico, sino derivada esencialmente de la función que desempeña en establecer la relación dialéctica entre los comandos máximos del mundo normatizado, con el substrato, ahora más sólido y más fluido, de los valores sociales establecidos o predominantes en el momento histórico respectivo.

[134] Bonavides, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 11ª ed. San Pablo - SP: Malheiros. 2001. p.260.

[135] Gomes Canotilho, José Joaquim. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição". 4ª ed. Coimbra - Portugal: Almedina. 2002. p.1189.

El poder normativo de la Constitución resulta de su interacción con los valores sociales predominantes en la configuración del presente de la sociedad la cual se dirige, ahora determinando los procesos sociales, siendo determinada por estos. Si no hay intercambio efectivo y concreto entre la Constitución y la sociedad, restará perjudicado su fin de normatización de las relaciones sociales.

Para Konrad Hesse, el gran formulador del principio de la fuerza normativa de la Constitución, este se sustenta en dos fundamentos básicos: en la relación dialéctica entre Constitución y Sociedad, y en la formación de la "Voluntad de Constitución" (*Wille zur Verfassung*) por la consciencia general de la sociedad sobre sus principios fundamentales indisponibles. En cuanto al primer fundamento del principio, que reside en la naturaleza interactiva constitucional, su ponderación es imperativa:

Ella no logra producir nada que ya no esté ausente en la naturaleza singular del presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Si le faltan esos presupuestos, la Constitución no puede prestar "forma y modificación" a la realidad; donde no existe fuerza a ser despertada –fuerza esta que deriva de la naturaleza de las cosas– no puede la Constitución prestarle dirección; si las leyes culturales, sociales, políticas y económicas imperantes son ignoradas por la Constitución, carece ella del imprescindible germen de su fuerza vital. [136]

De esta forma, el valor socialmente predominante (dato sociológico), puede ingresar en el mundo jurídico por la vía de la interacción dialéctica constitucional, relacionándose con los fundamentos mayores del ordenamiento, para entonces, luego adquirir conformación político-jurídica, lanzar sus efectos sobre todo el sistema de derecho penal. Este es el camino de suma calificación de los datos sociológicos en el conjunto normativo de un pueblo (vía de la interacción dialéctica constitucional).

En cuanto al *contenido* del derecho penal (intra-sistema) en frente de la fuerza normativa de la constitución, se consubstancia en un primer momento a través del elemento normativo constitutivo del tipo penal constitucionalmente conformado, convalidándose en arbitrariedad su delimitación conceptual disonante de la norma fundamental.

[136] Hesse, Konrad. "A Força Normativa da Constituição". Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p.18.

Esta constitucionalidad del elemento normativo del tipo, garante a la ciencia del derecho y a la actividad jurisdiccional, la esencial autonomía frente a la arbitrariedad que comúnmente moviliza a los legisladores ordinarios, notoriamente por cuenta de la inalterabilidad de los fundamentos constitucionales *ex vi* del §4º del art. 60 de la Constitución Federal de 1988. En la lección del profesor MAURÍCIO A. RIBEIRO LOPES la Constitución Federal "constituye la primera manifestación legal de la política penal, dentro de cuyo ámbito debe encuadrarse la legislación penal propiamente dicha, en frente del principio de la supremacía constitucional." [137]

En cuanto al otro mecanismo de comunicación del sistema del derecho penal con el paradigma social, viene a ser establecido directamente a través del método histórico-sociológico que fundamenta la estructuración valorativa y funcionalidad de la norma penal, en cuanto comando de valor frente a los hechos sociales concretos, dañosos y relevantes.

Al paso en que los principios constitucionales inciden bajo la forma de *cláusulas generales* sobre el sistema de derecho penal, en cuanto más la sistemática se aproxima de los casos concretos, inclusive en la formulación hipotética del tipo penal, los valores sociológicos que fundamentan su elemento normativo necesitan ser estrictamente evaluados. Esta evaluación estricta es hecha tanto a través del precepto de la norma jurídica que fundamenta el tipo, como a través del elemento normativo que se insiere intra-tipo.

A principio se debe establecer la diferencia entre el tipo penal y la norma penal prohibitiva, pues no son la misma cosa.

El tipo es la apariencia fenomenológica de la norma penal incriminadora, en esencia, él es un desdoblamiento normativo. El tipo es la norma manifestada estructuralmente para la prohibición de una relación social hipotética, que una vez concretizada, representa la creación de un riesgo prohibido y relevante al bien jurídico que presupone. La norma penal incriminadora, en esa perspectiva, establece, *ad exemplum*, que 'es prohibido matar a alguien, bajo pena de sanción', al paso en que el tipo respectivo contiene los dichos: 'matar a alguien - pena de reclusión de 6 (seis).

La norma penal incriminadora es subyacente al tipo, determinado teleológicamente, revela el *desvalor* (valoración negativa) *del*

[137] *Op.Cit.*, p.181.

comportamiento anti-social, el *desvalor del resultado* en frente de la amenaza de sanción, y, por fin, consigna el *bien jurídico-penal*, que es la relación social que se pretende proteger.

De esta forma, la norma penal prohibitiva se presenta con las características esenciales de *valoración* e *imperatividad*. Es valorativa por cuenta de su fundamento de establecer en razón de la protección de valores sociales predominantes e indispensables (bienes jurídico-penales).

Es imperativa por representar un comando prohibitivo de determinadas conductas anti-sociales lesivas.

Es en ese sentido que la relación entre el dato sociológico y el tipo penal se da por vía oblicua, pues lo socialmente inadecuado fundamenta la norma penal prohibitiva, al paso en que esta es quien otorga el substrato valorativo, en adelante normatizado en pormenores realizables por la conducta, para la funcionalidad de la estructura típica.

Por cuenta de la diferencia existente entre norma penal incriminadora y tipo, es que Claus Roxin profesa la existencia de un "fin de protección de la norma" y un "fin de protección del tipo", lo que ha generado grandes debates en frente de la confusión que se estableció doctrinariamente entre los dos conceptos, y que, además, han servido como crítica a la teoría del profesor germánico, con todo injusta, por cuanto la doctrina que lo critica ha considerado los dos conceptos como sinónimos, aplicándolos indiscriminadamente.

Obsérvese que todos los delitos que constan en el capítulo 'De los Crímenes contra la Vida' en el Código Penal, poseen el mismo "fin de protección de la norma", que es justamente el resguardo del bien jurídico "vida humana". Entre tanto, cada tipo penal de aquel capítulo 'De los Crímenes contra la Vida' pose un "fin de protección" distinto, pues, aunque, cada tipo pretenda resguardar el mismo bien jurídico "vida", cada uno lo regula en situaciones concretas o relaciones sociales distintas, que pueden ser generales y específicas. En el infanticidio, por ejemplo, el "fin de protección del tipo" es resguardar la vida del recién-nacido en la especial 'relación materna'. En otra hipótesis, el delito de aborto pretende velar el bien jurídico 'vida' cuando está aún está en la fase embrionaria, así, en una relación social diversamente configurada del infanticidio.De esta forma, existe la diversidad del fin de protección del tipo de aborto en cuanto al del infanticidio, con todo ambas hipótesis tienen el mismo fin de protección de la norma.

El valor socialmente predominante (dato sociológico) se insiere como contenido del fin de protección de la norma penal incriminadora. En este sentido es el posicionamiento de ROXIN, *in verbis*:

Es de tener en mente, por lo tanto, que en la realización del riesgo no permitido siempre se trata del *fin de protección de la norma de cuidado que delimita el riesgo permitido* (de la obligación de iluminar, del deber de consultar un médico especializado), y no del fin de protección del tipo penal. [138]

Así, el dato sociológico sedimentado en el sistema social, ingresa en el mundo jurídico de forma más o menos suelta, y esto se da por el hecho de ambos sistemas no poseer paredes adiabáticas, lo que permite la identificación de la relación dialéctica sistemática procesando comunicación de valores, donde lo indispensable en lo social ingresa en el sistema jurídico-penal, para que su *a priori* no-linealidad pase a ser sometida a control riguroso.

En ese menester comunicativo ingresan la *criminología y* la *política criminal*, entre otros instrumentos que informan los contenidos sociológicos indispensables a la finalidad del derecho penal.

Para MAGALHÃES NORONHA la criminología “es una ciencia causal explicativa”, pues “estudia las leyes y factores de la criminalidad y abarca las áreas de la antropología y de la sociología criminal.” Entendiendo también que se trata de una ciencia causal explicativa, el prof. ORLANDO SOARES agrega aún su carácter “esencialmente preventivo” cuando ofrece el material social estadístico suficiente para el empleo de estrategias y tácticas para la inhibición de la criminalidad. Representa así, un estudio sistemático sobre las causas sociales y psicosomáticas que influencian al hombre a la práctica del delito. [139] [140]

En cuanto a la política criminal, señala el prof. MAURÍCIO A. RIBEIRO LOPES que “si por política se entiende la ciencia o arte de gobierno, por política criminal puede entenderse la política relativa al fenómeno criminal, lo que no sería más que un capítulo de la política general.” Por lo tanto, lo esencial de su concepto reside justamente en ser una manifestación política tendiente a la

[138] ROXIN, Claus. “Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal”. Tradução eintrodução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.337.

[139] MAGALHÃES NORONHA, Edgard. “Direito Penal”. Vol.01. Atualização de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. San Pablo: Saraiva. 2000. p.14.

[140] SOARES, Orlando. “Criminologia”. Río de Janeiro - RJ: Feitas Bastos. 1986. p.42.

resolución de cuestiones criminales. Todavía, como bien observa el prof. FERNANDO GALVÃO, en que pese ser un posicionamiento esencialmente político, ella orienta a la justicia criminal en todo su sistema, "sea en el momento de la elaboración legislativa o de la aplicación y ejecución de la disposición normativa." [141] [142]

En una visión amplia de todo el sistema penal, GIMBERNAT ORDEIG acertadamente asienta el paradigma del "jurista *interesado*", según el cual, no es suficiente el análisis sistémico del derecho penal apenas, siendo necesario el estudio de la criminología, de la política criminal y del derecho penitenciario, para la formación de la comprensión completa del fenómeno criminal. [143]

Siguiendo ese camino indicado, en primer lugar, la Criminología informa las razones sociales y psicosomáticas por las cuales el delito es llevado a efecto en la sociedad, posteriormente la Política Criminal dirige esos datos criminológicos para la manifestación política del Estado a su respecto, siendo esta decisión política la directriz para la elaboración de la ley penal.

Para ROXIN, no hay como comprender el derecho penal bajo el prisma del método teleológico, sin considerar la indisociabilidad existente entre la Criminología, la Política Criminal y el Sistema Jurídico-Penal, *in verbis*:

Un divorcio entre construcción dogmática y aciertos político-criminales es de plano imposible, y también al tan querido procedimiento de juzgar el trabajo dogmático-penal y el criminológico uno contra el otro pierde su sentido: pues transformar conocimientos criminológicos en exigencias político criminales, y estas en reglas jurídicas, de la *lex lata* o *ferenda*, es un proceso, en cada una de susetapas, necesario e importante para la obtención de lo socialmente correcto. [144]

Por lo tanto, la criminología y la política criminal representan un camino de comunicación entre la sociedad y el sistema de derecho penal, aunque no sea la única vía, pues este mismo contacto sistemático debe ser también realizado en el momento de la

[141] *Op.Cit.*, p.199.

[142] GALVÃO, Fernando. "Política Criminal". Belo Horizonte - MG: Mandamentos. 2000. p.23.

[143] ORDEIG, Enrique Gimbernat. "Conceito e Método da Ciência do Direito Penal". Tradução de José Carlos Gobbis Pagluica. San Pablo - SP: RT. 2002. p.32/33.

[144] ROXIN, Claus. "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.82.

evaluación normativa de la tipicidad del hecho. El hecho lesivo solo será típico si fuera socialmente inadecuado, bien como solo será antijurídico si no fuera autorizado por el ordenamiento jurídico.

En cuanto al elemento normativo del tipo penal, aunque ya fue analizado en tópico anterior, resta aún consignar que en frente de su naturaleza *a priori* extrapenal, tanto puede tener naturaleza conceptual directamente sociológico en frente de la Teoría del Riesgo, como puede pertenecerá a la otra categoría del ordenamiento jurídico, *ad exemplum*, el civil o el administrativo.

Por lo tanto, el tipo normativo también representa un cambio de valores del derecho penal con el medio, indicando así que no se trata de un sistema aislado. Esta es la información traída a tema por el profesor FRAGOSO, en los siguientes términos: "La incorporación al tipo de elementos normativos de naturaleza jurídica, que algunos llama de *impropios*, postula la aplicación de valores que prevalecen en otros ramos del derecho. Es el caso, por ejemplo, del *cheque* y *warrant*, cuya conceptuación no es propia de la ley penal." [145]

Este método de comunicación no es apenas una opción del legislador penal, en cuanto a seguir o no la conceptuación extrapenal de elementos típicos, se trata de una imposición sistemática. Caso el legisladorpenal resuelva conceptuar de manera específica todos los elementos del tipo, con el objetivo de promover un sistema aislado, además de crear una impertinente explosión textual de interpretaciones legales, creará una crisis sistemática en toda la estructura jurídica, pues el derecho penal no conseguirá resguardar los institutos jurídicos pertenecientes a otros ramos esenciales del derecho.

El derecho penal como sistema no aislado, se impone a través del elemento normativo del tipo penal y, cobra del penalista la percepción de su campo especulativo amplio y multidisciplinar, de modo que, no se vuelve viable su estructuración bajo el vetusto paradigma de las ciencias de la naturaleza del siglo XIX, cuyo método jurídico se apoya en el Positivismo, y en la confusión entre esencia y apariencia de los fenómenos jurídicos. Entre tanto, al contrario de lo que piensa BACIGALUPO, cuando afirma que "la solución ya no está en manos de los penalistas, sino de los especialistas

[145] FRAGOSO, Heleno Claudio. "Lições de Direito Penal: a nova parte geral". Rio de Janeiro - Brasil: Forense. 1986. P.164.

en la teoría general del derecho", a cientificidad del sistema jurídico-penal continúa siendo un menester del penalista, por cuanto, no se le deben imponer restricciones al ámbito especulativo o, estimar su visión multidisciplinar de los fenómenos jurídicos. La teoría general del derecho se impone a todos lo que lo comprendan en cuanto objeto de ciencia. [146]

La identificación "*tout court*" del derecho con la ley, disminuye su campo especulativo científico y alimenta aquella "pereza mental" propalada por PONTES DE MIRANDA, que finaliza por malsinar la ciencia jurídica. *Data máxima venia*, la superación de la crisis del derecho penal exige la revisión no solo de la amplitud del objeto investigativo de la ciencia penal, sino también del compromiso científico de la academia penalista, para evitar con todas las fuerzas aquella fundada ponderación de CARNELUTTI contra el positivista, al observar que "ciertamente, no todos los cultores de la ciencia del derecho están a la altura de su tarea." La academia penalista jamás de esquivó de su tarea y, por lo tanto, no quedará indiferente al debate doctrinario de la complejidad y de la justicia social que el pueblo reclama, y la inclusión del derecho penal en ese contexto. [147] [148]

3.1.5. *La herméutica construtivista penal*

La hermenéutica en cuanto método científico que libera las ciencias humanas de los paradigmas metodológicos de las ciencias naturales, necesita de una nueva comprensión de su alcance y aplicación para que se pueda fundamentar el nacimiento de una nueva ciencia penal en adelante liberada del Naturalismo de la Física moderna mecánico-determinista.

El fenómeno de la comprensión humana a respecto del mundo circundante es, en sí, el mayor debate de la Filosofía occidental desde el 'milagro griego', siendo el objeto fundamental de la disputa secular entre el *Racionalismo* y el *Empirismo*, al paso en que ambos trazan estructuras modelares para la explicación del

[146] BACIGALUPO, Henrique. "Técnica de Resolución de Casos Penales". Buenos Aires - Argentina: Hammurabi. 1990. p.53.

[147] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Sistema de Ciência Positiva do Direito". tomo II. atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas - SP: Bookseller. 2000. p.71.

[148] CARNELUTTI, Francesco. "Metodologia do Direito". Tradução de Frederico A. Paschoal. Campinas - SP: Bookseller. 2002. p.23.

famoso *conocimiento objetivo*. No obstante, ambas escuelas se han configurado *a priori* como dispares, hay un punto en común que las vuelve similares, que es la noción del óntico como el ser en sí, como verdad absoluta puesta, notoriamente por el establecimiento conceptual de la verdad estática, intrínseca y universal, en cuanto al objeto percibido. Para el Racionalismo, la comprensión resulta, en suma, de la proyección de la psique sobre el objeto óntico. Para el Empirismo, el objeto óntico forma la comprensión del hombre.

Actualmente, la hermenéutica en cuanto método, propone la instrumentalización del proceso de cognición/comprensión de los objetos observables a través de sus signos comunicativos, de su existencia fenomenológica que instiga al hombre a realizar su presencia, siendo este el motivo por el cual se encuentra en el mundo, al cual está contenido y se relaciona.

El proceso de la comprensión humana implica en reconocerse como alguien en el mundo que está ahí, en la potencialidad cognoscitiva que el presente posibilita a través de la intermediación con el mundo (significado) que realiza el hombre en cuanto ser existente. En esta óptica innovadora, como bien observa el profesor constitucionalista RODOLFO VIANA PEREIRA, "la comprensión deja de ser una propiedad para volverse un modo de existencia, un elemento constitutivo del *Dasein* ('*del ser-ahí*'); algo, por lo tanto, anterior y más profundo que cualquier preocupación con la 'actividad interpretativa' tal cual concebida hasta entonces." [149]

Reconociéndose el hombre en el mundo, se encuentra superada la dicotomía iluminista de la separación entre lo objetivo y lo subjetivo, y realizase el fenómeno de la comprensión por su esencia que es intrínsecamente histórica. Por la historicidad del objeto, que es la misma del observador, se confiere la curvatura del tiempo promovida por la tradición (*material pre-conceptual*) que lo anima (*el observador*), en cuanto pre-requisito del acto de comprender, por cuanto la conformación del hombre presente es la relación temporal pasado/presente en el proceso de comprensión del instante.

La nueva hermenéutica jurídica no se concibe como un desdoblamiento del paradigma metodológico de las ciencias de la naturaleza, que le reservaría (y reservó) una función meramente *descriptiva* del fenómeno jurídico. Los valores que fundamentan el mundo

[149] PEREIRA, Rodolfo Viana. "Hermenêutica Filosófica e Constitucional". Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2001. p.17.

jurídico no poseen ontología anterior o superior al hombre, ni a la configuración histórica de la sociedad y de lo material que sirve de premisa metodológica y conceptual a la labor del científico jurídico.

Lo que se hace necesario en ese momento, para la ciencia del derecho penal, es la desmitificación del fenómeno comprensivo de los valores jurídicos, en frente de sus substratos históricos y sociales, bien como de su esencia comunicativa con el propio jurista, que la comprende al mismo tiempo en que es influenciado por ella, relacionándose dialécticamente. Este relacionamiento entre observador y objeto observado, a pesar de la negativa sistemática, siempre se hace presente y perceptible en cualquier trabajo académico. En este sentido es magistral la observación de HEIDEGGER:

El hombre –uno ente entre otros– "hace ciencia". En este "hacer", ocurre nada menos que la irrupción de un ente, llamado hombre, en la totalidad del ente, pero de tal manera que, en ella y a través de esta irrupción, se descubre el ente en aquello que es su modo de ser. Esta irrupción reveladora es el que, en primer lugar, colabora, asu modo, para que el ente llegue a sí mismo. [150]

La ciencia del derecho penal no se realiza por el supuesto y ficticio contenido óntico de la ley, o por el deseo arbitrario del poder legislativo, como bien ponderaron los profesores GOMES & BIANCHINI, como también no se establece por la labor del judiciario, por cuanto no es su papel institucional-democrático la estructuración de una ciencia, pues "la jurisprudencia no es ciencia –*jurisciencia* (?)– sino prudencia", en la observación del profesor ROBERTO GRAU, aunque deba basarse en proposiciones científicas, justas y racionales, en el momento de la *juris dictio*. El derecho penal se concretiza en cuanto ciencia por la dedicación incansable de la Academia y los Juristas independientes que, aunque no pertenecientes a los cuadros académicos, objetivan otorgar al conjunto de los valores jurídicos un sentido racional y finalidad práctica, notoriamente por la construcción del discurso científico rígido o rigoroso. [151] [152]

La hermenéutica constructivista no reconoce en la ley una realidad óntica en sí, como manifestación de la verdad estática,

[150] HEIDEGGER, Martin. "Conferências e Escritos Filosóficos." Coleção "Os Pensadores". São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999. p.52.

[151] GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Alice. "O Direito Penal na Era da Globalização". San Pabllo - SP: RT. 2002. p.143.

[152] GRAU, Eros Roberto. "A Ordem Econômica na Constituição de 1988". 6ª ed. San Pablo - SP: Malheiros. 2001. p.198.

pronta y acabada, por cuanto no se satisface en una actividad puramente descriptiva. Al contrario, la hermenéutica constructivista reconoce en su epistemología el dato aproximativo, la falibilidad, la indeterminación relativa, bien como la histórica modificación de sus propias conclusiones. Al paso en que el Jurista identifica el valor contenido en la norma jurídica, esa identificación/comprensión lo forma el propio acto de convencimiento, de modo que la reciprocidad fundamenta la existencia de ambos. La experiencia científica se manifiesta en el dato y en el hombre, por lo tanto, en la norma y en el Jurista.

Es de reconocerse así, que el derecho penal (objeto de la Ciencia del Derecho Penal) se presenta a través de una estructura social que les da forma, sentido y posición a sus propios elementos constitutivos. De este hecho, como estructura total, organiza finalísticamente sus comandos y sus funciones, bien como las posibilidades de su mutabilidad histórica.

Por lo tanto, la comprensión histórica de los valores jurídicos no debe ser arbitraria, ni reportarse exclusivamente al momento de la elaboración legislativa. La hermenéutica jurídica no es pura descripción histórica o política-estatal. En este contexto, es relevante la observación de HANS-GEORG GADAMER, sobre el contenido normativo de la ley (léase contenido normativo del derecho) *in verbis*:

Y para determinar con exactitud este contenido no se puede prescindir de un conocimiento histórico del sentido originario, y solo por esto el intérprete jurídico tiene que vincular el valor posicional histórico que conviene a una ley, en virtud del acto del legislador. No obstante, no puede sujetarse a que, por ejemplo, los protocolos parlamentares le enseñarían con respecto a la intención de los que elaboraron la ley. Por el contrario, está obligado a admitir que las circunstancias fueron siendo mudadas y que, por consiguiente, tiene que determinar de nuevo la función normativa de la ley. [153]

De esta forma, al paso en que la historia otorga el contenido valorativo de la norma jurídica, esta también da conformidad a la historia (salvo en los momentos de crisis estructural violenta). Así,

[153] GADAMER, Hans-Georg. "Verdade e Método". 4ª ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolos - RJ: Vozes. 2002. p.485.

se debe reflexionar que la historicidad de la norma no cesa en el momento de su calificación originaria, sino la acompaña durante toda la vigencia a través de la mutabilidad hermenéutica que la propia sociedad le impone y exige.

En suma, la actualización del contenido normativo exige del jurista un constante juzgamiento del propio objeto de sus observaciones, para que, conforme se transforme la sociedad, le acompañe la estructura de la Ciencia del Derecho, por el Constructivismo constante.

El juzgamiento hermenéutico constructivista reconoce que la ley ingresa en el ordenamiento jurídico con una intrínseca carga 'ideológico-política' y social, que no deben ser despreciadas por el Jurista. Por lo tanto, sus observaciones deben destinarse para los factores condicionantes de la norma positivada, abriéndosele dos hipótesis de investigación: *objetiva* (por la pretensión de la ley) y *subjetiva* (por la pretensión de los legisladores).

La tradicional del derecho realiza dicotomía en cuando examina una ley por la perspectiva teleológica, entre la *voluntas legis* y la *voluntas legislatoris*, entre tanto, ambas se entrelazan de manera que una representa la materialización de la otra. Con toda razón argumenta el profesor NEY BELLO que "la *ratio* del legislador es aquella que está representada en la norma, y de ella ex surge como realidad objetiva". [154]

En el mismo sentido es la lección del profesor GIMBERNAT ORDEIG, cuando recomienda la verificación de la *voluntas legis* en detrimento de la otra propuesta, en los siguientes termos: "Aunque se deba mantener, por consiguiente, la preferencia de la voluntad objetiva de la ley en relación a la voluntad subjetiva del legislador, esto pocas veces causará conflictos, pues, en general, las voluntades objetivas y subjetivas suelen coincidir en su contenido." [155]

La hermenéutica constructivista participa de la creación de la Ciencia del Derecho a partir del conocimiento de sus factores condicionantes, y del juzgamiento que realiza de esos mismos factores para la estructuración del discurso científico racional y riguroso. Por lo tanto, no se trata apenas de contemplar razones

[154] BELLO FOLHO, Ney de Barros. "Sistema Constitucional Aberto". Belo Horizonte - MG: RT. 2002. p.74.

[155] ORDEIG, Enrique Gimbernat. "Conceito e Método da Ciência do Direito Penal". Tradução de José Carlos Gobbis Pagluica. San Pablo - SP: RT. 2002. p.74.

condicionantes, sino de realizarlas y juzgarlas conforme la actualidad social, bien como los Principios Generales del Derecho que efectivamente se presentan bajo la forma de los Principios Constitucionales y la teleología estructural de los subsistemas jurídicos.

No es simplemente a través de la contemplación de los factores determinantes de la norma que el Jurista realiza la conformación del sistema jurídico, sino que, esencialmente a través del juzgamiento crítico que realiza en cuanto a su objeto de investigación.

La razón asiste a PONTES DE MIRANDA cuando, en comentario a la obra de ADOLF MARKEL, afirma que el derecho "no es solamente la sombra del poder, es también teoría, doctrina; el orden jurídica

no es solo la ordenadora, o la lanza, que se lanza en el aire, - es el libro abierto que enseña. Y, realmente, el derecho, como doctrina, siempre existió, y ha de existir siempre." [156]

La ciencia jurídica no es apenas un fiel espejo del producto político del Estado. No hay determinismo metodológico ni de perspectiva investigativa. En cuanto ciencia, es libre para investigar, dudar, juzgar y construir la estructura fenomenológica de la propia normatividad social.

En resumen, en este último contexto, para la hermenéutica constructivista, los factores determinantes de la norma son datos histórico-sociológicos, luego, el juzgamiento crítico que ejercita, en última instancia, es '*normativo-sociológico*' y no '*normativo-estatal*' como pretendía el viejo Positivismo Jurídico.

4.1. ***La conducta delictiva cuántica***

El primer gran elemento que concurre para la verificación de la imputación es la conducta criminosa, un comportamiento humano ofensivo que esté en desacuerdo con la convivencia social (dato sociológico), con el límite de la razonabilidad de la libertad de actuación que la Constitución Federal, en cuanto substrato de la política de un Estado, concede a cada hombre (dato político/jurídico).

La conducta, en sentido amplio y despido de calificación jurídica, posee una noción *pre-jurídica*, pues se verifica en el mundo de los acontecimientos (exterior) independientemente de la

[156] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. "Sistema de Ciência Positiva do Direito". tomo II. atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas - SP: Bookseller. 2000. p.188.

observación de leyes normativas sociales. La conducta humana resulta de su propia tendencia a la acción, de la necesidad de comprensión y transformación de la naturaleza y de sí mismo, en interacción dialéctica. Se busca con esta formulación una visión ontológico-fenoménica de la actuación del hombre.

Para el derecho penal, la conducta, considerando que la misma en la perspectiva naturalística (el '*colapso causal*') envuelve una casualidad que regresa y progresa al infinito, sufre un proceso de calificación de sus elementos socialmente relevantes, llevado a efecto a través de un juicio valorativo *ex post factum*, para el ingreso de ese comportamiento en el mundo de las relaciones jurídicas, donde se revelará si su ocurrencia se dio en conformidad o si, al contrario, representa una actividad ofensiva contraria o extravagante a los límites de lo aceptable en la vida intersubjetiva.

Solamente la conducta que represente un ataque relevante a uno de los bienes jurídicos indispensables para la manutención de la sociedad, debido a la ofensa o riesgo concreto, entrará al mundo de la normatividad social por la puerta del derecho criminal (por los Principios de la Subsidiariedad, Fragmentariedad y Ofensividad del derecho penal). [157]

La clasificación de los bienes jurídicos como no disponible para la Sociedad resulta de la verificación de su esencialidad para la búsqueda de la estabilidad de las relaciones sociales, a través de la identificación de los valores que representan el más amplio 'consenso' de los hombres (DURKHEIM). El consenso pregonado por la teoría social estructuralista, no se refiere a la necesidad de verificación electoral para tal fin, como podría proponer alguna

[157] Por el *Principio de la Subsidiariedad* se defiende que el derecho penal solo debe incidir sobre el comportamiento humano cuando otros ramos del derecho (ex: derecho administrativo) se muestran ineficientes. Por el *Principio de la Fragmentariedad* se observa que el derecho penal solo debe ser aplicado en frente de los ataques más relevantes a los bienes jurídicos esenciales a la sociedad. En fin, por el *Principio de la Ofensividad,* solo se debe considerar típica la conducta cuando fuera creadora de un riesgo concreto o daño efectivo al bien jurídico tutelado por la norma penal (*nullum crime sine injuria*). En la lección del profesor Luiz Flávio Gomes: "El legislador debe describir las figuras típicas de tal modo de reconocer la ofensa de la conducta. Pero para además de la ofensa es preciso también constatar su intolerabilidad. Solamente el ataque intolerable (según el principio de la fragmentariedad) es que puede ser penalmente castigado. Y desde que no haya otros medios más idóneos (principio de la subsidiariedad)." (GOMES, Luiz Flávio. "Princípio da Ofensividade no Direito Penal". San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2002. p.44).

'consciencia' matematizante, pues en su esencialidad, los bienes jurídicos que necesitan de especial protección de la norma penal surgen de la propia formación sociocultural de la Sociedad. [158]

El reconocimiento de la existencia de un contenido social difuso en una nación, que le forma la fracción colectiva, no implica también en la creencia (al que parece, ideológica) de la existencia de un supuesto contrato social originario. De la forma como expuso DAVID HUME (1711-1776), se debe tener con cautela el hecho de la idea del contrato social originario reportarse a una época histórica remota, y de ser imposible de comprobación científica, además del hecho de las sociedades conocidas se formarán originariamente basadas en la fuerza del más fuerte en guerra, y no en el consenso de los dominados. Con todo, es de observarse que la inevitable convivencia cotidiana, que existirá en cualquiera de los casos (consenso o conflicto), crea una necesidad de repetición de determinadas formas de comunicación social que se consolidan y forman su propia identidad colectiva. De ahí brotan los bienes jurídicos, que, si, en el caso concreto, hay consonancia entre Pueblo y Estado, deberán estar consagrados en un texto constitucional. [159]

En resumen, el 'consenso' como fuente de los valores sociales que legitiman el sistema del derecho, referido por la gran parte de los estudiosos, no debe ser interpretado como la sumatoria de las acciones individuales, lo que equivaldría a la proposición positivista de sociedad, pero como *síntesis* o substrato de la *esencia fenomenológica* de un determinado Pueblo. No se trata del dato *cuantitativo* social, con todo, de lo *cualitativo* que debe ser consagrado en el seno de la juridicidad.

Entre tanto, por su turno, es una buena idea consignar que no se debe confundir *bienes jurídicos* con *bienes materiales*, pues aquellos son mucho más identificables con las relaciones sociales en sí, pues además de ser la intersubjetividad ontológica del

[158] Sobre la función del consenso para dar vida a la perspectiva estructural de la sociedad, observa Juarez Tavares que: "Como la estructura del sistema social está formada por normas sociales de conducta, su estabilidad depende del consenso de los autores en cuanto a estas normas. Esta estabilidad del sistema, además, va a depender también de como los individuos se comportan en frente del sistema social, estando, para esto, sometidos a mecanismos de integración, en la forma de la socialización y control social." (TAVARES, Juarez. "Teoria do Injusto Penal". 2ª Ed. Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2002. p.57)

[159] HUME, David. "Ensaios Morales, Políticos e Literários." São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999.

derecho, en la sociedad masificada contemporánea, las agresiones a las relaciones sociales en sentido amplio (económicas, culturales, ambientales, etc....) producen un número difuso de víctimas (*diffusa in omnis*). Ejemplo de eso son los crímenes contra las relaciones de consumo o crímenes ambientales.

Para la vetusta Teoría Naturalista del Derecho Penal, la conducta representaba esencialmente un desdoblamiento material de un comportamiento humano, y mismo teniendo el concurso de la voluntad para su caracterización, ese elemento volitivo no le era teleológicamente determinante, presentándose amorfamente vacía. Por su turno, la Teoría Finalista de la Acción, ya reconociendo la subjetividad como fuerza motriz del comportamiento delictivo, expone que la voluntad (para Welzel) representa no solo un querer, un deseo, sino la fuerza propulsora que *dirige y domina* el desarrollo de la actuación humana: "Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externa y lo convierte, por lo tanto, en una acción dirigida finalísimamente; sin ella, quedaría destruida la acción en su estructura y seria rebajada a un proceso causal ciego." [160]

Al considerarse que, para el derecho penal, la voluntad humana no está contenida esencialmente en la actuación, se considera que la voluntad no es dirigida a algún fin o algo existencial, y así, se niega que sentir voluntad és sentir voluntad de algo, o aún, implica en que es posible la voluntad de nada (desprovista de contenido). Esa consideración demasiada abstracta de la voluntad humana, pregonada por el Naturalismo, es una construcción que tiene por base y por *a priori*, el paradigma del determinismo universal de la Física de la Edad Moderna.

La superación del naturalismo mecanicista, como ya fue citado anteriormente, fue promovida por la teoría finalista de la acción por haber introducido en la actuación humana el elemento subjetivo de lo dolo y de la culpa, pasando entonces la voluntad exteriorizada a tener un contenido intrínseco, a ser considerada como dirigida a una finalidad. Como asegura el profesor Feu Rosa: "Una acción, en el sentido jurídico-penal, presupone no un hombre con capacidad de actuar, pero con capacidad de querer". [161]

[160] Welzel, Hans. "O Novo Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luiz Regis Prado. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2001. p.28.

[161] Feu Rosa, Antonio José Miguel. "Causalismo e Finalismo em Direito Penal". 1ª Ed. Brasília - DF: Editora Consulex. 1993. p.26.

Al considerarse que, cuando el agente inicia la elaboración previa de su actuación, a través de la representación mental del resultado, es que comienza la conducta, se debe ponderar también que conducta y desdoblamiento material de la causalidad no son la misma cosa. La voluntad, ya como elemento subjetivo de la actuación, antecede al hecho. La identificación de la conducta con el desarrollo de la relación material de causa y efecto se da en frente de la inicial irrelevancia jurídica del pensamiento y de la preparación en el *iter criminis*, ya que, solo adquieren importancia, significado y justificación para la incidencia de la norma, con el comienzo de la ejecución del programa, donde se objetiva la pretensión lesiva.

Además, el *judicio ex post factum* retro actúa, una vez levada a efecto a ejecución del delito, para considerar con relevancia aquellos momentos del pensamiento y de la preparación, donde realmente comenzó la conducta.

De esta forma, la conducta penalmente relevante no se revela pasible de verificación apenas en lo que dice respeto a su elemento material, como *comisiva* o *omisiva*, sino también en su constitutivo subjetivo, como *dolosa* o *culposa*. Así, la conducta criminosa resulta de la combinación y amalgama de datos materiales y psíquicos a ser observados en el momento de promoverse la imputación penal. Sumándose aún, el significado normativo de la conducta, para fines de imputación objetiva. En resumen, todos los datos arriba conforman un *juicio sintético e intuitivo del mundo concreto*.

En primer plano, la doctrina ha clasificado la conducta delictiva resaltando su dado concreto, a través del debate relativo a los delitos comisivos (basados en una actuación positiva) y omisivos (situados materialmente en una actividad negativa) como materialmente conformadores de la imputación penal, pues, en este paso se acredita que la práctica del acto determinante, el dogma causal, justificando la necesidad de fundamentos distintos para la acción y para la omisión delictivas.

La acción y la omisión se han revelado mucho más como elementos constitutivos (concurrentes y disyuntivos) de la conducta delictiva, que, como especies de la mesma, pues esta no es formada por la simple causalidad material, sino que esto, implica en el ingreso de datos complejos del comportamiento humano en el mundo jurídico por el proceso de calificación y selección de los datos relevantes a la imputación (*proceso de significación semiótica de la conducta*). Por esta razón es que Günther Jakobs no reconoce

el papel de la acción y de la omisión en sí, como acontecimientos materiales portadores de la fundamentación de la imputación penal, siendo apenas criterios técnicos para la elaboración de la ley (instrumento de defensa del deber jurídico):

(...) el derecho penal moderno no toma como punto de referencia movimientos corporales de individuos o la ausencia de esos, sino el significado del comportamiento de las personas, con el cual la diferenciación entre movimiento y no-movimiento es solamente técnica. El concepto penal clave es el de deber, y la distinción entre acción y omisión dice respecto a una cuestión secundaria, la de cómo se debe organizar para satisfacer el deber partiendo de lo –casual– estado actual. [162]

Compartiendo de esa perspectiva contemporánea, enseña el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE, que lo esencial para el derecho penal es el "*concepto significativo de acción*", o sea, para además de una mera actuación material y del dogma causal, la conducta delictiva es portadora de un significado que se extrae de la valoración que la imputación penal implica, y que es, en suma, el incumplimiento de un deber social elevado al nivel jurídico. En ese sentido, JOHANNES WESSELS, para quien el significado normativo de la conducta posee un contenido gestado en la Sociedad, cuando afirma que: "Por la incapacidad de comprender correctamente este contenido de significado social y personal de la actuación humana, deben fracasar las teorías de la acción que parten de un fundamento puramente causal." [163] [164]

Es la noción de acción en cuanto significado, y su diversidad de perspectiva evaluativa, que permiten que un mismo hecho sea civilmente relevante pero penalmente ignorado, y viceversa. Existe la diversidad de significado que los subsistemas del derecho aplican al comportamiento del hombre, a través de criterios normativos estructuralmente establecidos con propósitos teleológicos diversos.

La adopción del 'significado' de la conducta para la imputación penal, en detrimento del mero comportamiento físico-causal del autor, representa la superación del paradigma positivista en

[162] JAKOBS, Günther. "Ação e Omissão no Direito Penal". Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri - SP: Manole. 2003. p.32.

[163] BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE. Francisco. "Teoria Geral do Delito". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.60.

[164] WESSELS, Johannes. "Direito Penal: parte geral". Tradução de Juarez Tavares. Puerto Alegre - RS: Sérgio A. Fabris Editor. 1976. p.21.

la teoría de la conducta criminosa para la aplicación del método fenomenológico, cuyo vértice principal es la búsqueda del sentido esencial de los fenómenos observables.

No obstante, la búsqueda por el significado de la acción parta de la concepción de la cosa en sí, muchos doctrinadores autorizados se posiciona contra ese novel procedimiento en frente de la tendencia a la unificación del concepto de acción y omisión. En este sentido, GIUSEPPE BETTIOL afirma que acción y omisión son "conceptos coordinados, pero no pasibles de una unificación superior en un descolorido concepto de comportamiento, (...)". Así también CLAUS ROXIN al entender que esa posible unificación del concepto de acción "puede llevar a que la dogmática olvide las diferencias fundamentales entre el actuar doloso, el culposo y la omisión, comenzando en un nivel elevado demás en la elección de sus conceptos." [165] [166]

Mientras tanto, lo que el profesor JAKOBS propone no es la unificación conceptual de acción y omisión. No se trata sino de un posicionamiento sistemático ortodoxo, como entenderán los autores retro citados. Con todo, se propone la verificación de que la acción y la omisión delictiva poseen el mismo fundamento normativo, y no naturalista, aunque no recomiende el abandono de los datos de la vida real. La conducta delictiva no se sustenta exclusivamente en el Naturalismo. Al recibir la adjetivación de delictiva, la conducta pasa a encerrar algo que está más allá del mundo mecánico, bien como, de la pura represión moral que evalúa y juzga esencialmente la voluntad del agente. A evaluación normativa del acontecimiento hace del hecho social un hecho jurídico delictivo.

Así, el criterio para a determinación del significado que la conducta porta como relevante para el derecho penal, e que se traduce en la violación de un deber jurídico relevante para a sociedad, está establecido, según el profesor JAKOBS como "condición mínima de toda juridicidad (...), el reconocimiento del otro como persona" y que el "contenido mínimo de ese reconocimiento es, a su vez, la

[165] BETTIOL, Giuseppe. "O Problema Penal". Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2003. p.114.

[166] ROXIN, Claus. "Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução e introdução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.224.

norma, el deber negativo, de no causar lesión al otro, de no herirlo, de dejarlo con su autonomía." [167]

Ese deber de "no causar daño al otro", no implica necesariamente en omisión, sino también en acción positiva. Tanto cumple ese deber jurídico quien, no practica acto lesivo, como quien practica una acción positiva, dentro de su espacio de actuación y dominio individual, para contener una situación lesiva preexistente. Por lo tanto, de esta forma, considerando el delito como la producción de una lesión a tercero en frente del incumplimiento de un deber de no agresión, queda superada la dicotomía (naturalista) entre acción y omisión relevantes para el derecho penal, en frente de su fundamento ser monista. En esta línea de entendimiento también parece ser el posicionamiento de WESSELS al defender la *Teoría Social de la Acción*, pues, según el autor, para esta, "al contrario de lo que ocurre en el conocimiento ontológico, acción y omisión no constituyen, bajo análisis normativa, antagonismos incompatibles, sino únicamente formas diversas de aparecimiento de la conducta volitiva." [168]

Aceptado este mismo entendimiento de la acción delictiva en cuanto significado normativo, ROXIN analizando la obra de RICHARD HONIG, defiende que el significado de la omisión no reside en el comportamiento corporal, sino si en la posibilidad de acción cuando era debida. La conducta penal omisiva, y la propia noción jurídico-penal de omisión, se sustentan en el incumplimiento del deber jurídico de actuación, cuando le era posible cumplir. En sus términos: "El correcto fundamento de la responsabilidad penal es la omisión, y no el mero «no hacer»." [169]

La conducta omisiva, en la ciencia penal actualizada, ha recibido atención como nunca visto antes en la teoría del crimen, y ese hecho puede ser analizado bajo varias perspectivas, portando el tema, en el presente paso, una gran relevancia para la teoría de la imputación penal objetiva, notoriamente cuando el avance tecnológico en la sociedad presente amplia el riesgo social de lesión a los bienes jurídicos esenciales, a través de la conducta omisiva portadora de significado para el derecho penal (aspecto adelante tratado en el ítem relativo al riesgo permitido).

[167] JAKOBS, Günther. "*Ação e Omissão no...*". p.04.

[168] *Op.Cit.*, p.22.

[169] ROXIN, Claus. "Problemas Fundamentais de Direito Penal". 3ª ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa - Portugal: Vega. 1998. p.162.

Además, denunciando la crisis del dogma causal como paradigma apriorístico, como es sabido, los tipos penales clasificados por la doctrina como comisivos, pueden ser llevados a efecto mediante una conducta omisiva, basta observar la situación de deber jurídico del *garante* en los delitos comisivos por omisión. Además, crímenes doctrinariamente tenidos como omisivos pueden ser practicados por comisión, bastando que el agente materialmente se ocupa de cosa diversa del deber jurídico que debería observar (*aliud agere*). Hay sí, un doble sentido de la obligación de no lesionar al otro, donde el deber negativo (no lesionar) fundamenta el delito de comisión y el positivo (interrumpir procesos causales lesivos, cuando es posible) base el delito omisivo.

Y así siendo, sopesando la conducta delictiva como substrato de la acción dotado esencialmente de significado social y valor jurídico, acarrea que aquella vieja consideración doctrinaria de la conducta material (acción y omisión) como objeto *óntico* pasible de especulación jurídica, esto es, el puro movimiento corporal, finaliza por ser de importancia secundaria para el derecho penal, aunque no se deba tenerla por despreciable.

Considerando entonces que la conducta delictiva no es el simple desdoblamiento material de una causalidad, ni el puro deseo o querer, pues en los términos de la imputación objetiva, se debe ahora considerar que la conducta criminosa pasa a ser constituida de elementos objetivos, subjetivos y normativos, demostrables en el siguiente sentido valorativo del *iter criminis*: a) voluntad dirigida a la finalidad; b) elección de los medios más eficientes al fin; c) materialización de la voluntad en un comportamiento (acción u omisión) dotado de significado jurídico-penal; d)evaluación normativo-objetiva de la actuación y de su nexo con el resultado.

En determinados aspectos de la teoría de la imputación objetiva formulada por el profesor y penalista alemán GÜNTHER JAKOBS, la división social del trabajo es pregonada como fundamento sociológico para determinados criterios normativos objetivados, así como en la exposición que hace del *Principio de la Confianza*, aplicable como criterio objetivo de imputación, a los hechos que envuelven varios agentes que participan de una actividad *a priori* lícita y fraccionada, pero que por fin pueden resultar en la creación de un peligro concreto o daño al bien tutelado por la norma (*ad exemplum*: un equipo médico). Con todo, la división del trabajo, como aceptada, aparece apenas como fraccionamiento material de

una tarea específica (noción naturalista), pues, según el autor: "El principio de la confianza está destinado a volver posible la división del trabajo; por consiguiente, termina cuando la división del trabajo pierde su sentido". [170]

Que todo el fundamento subyacente y real de la teoría de la imputación objetiva de Jakobs se acepta en consideraciones sociológicas, es cierto, y no hay problema en esto, puesto ser el derecho penal un instrumento de represión teleológicamente establecido primordialmente para la defensa de la Sociedad, y ser estructuralmente elaborado como sistema cerrado pero no aislado, se debe actualizar que, aunque pese ser una teoría normativa que recusa el naturalismo científico, la división social del trabajo no debe ser aceptada como dato mecánico, ni como elemento secundario de la imputación objetiva, pues, se hace menester el reconocimiento de que su papel es de fundamento, de esencia.

No es la conducta gregaria que fuerza al hombre a vivir en sociedad, como una fuerza mecánica absoluta, pero si, en datos objetivos, es la División Social del Trabajo quien crea la interdependencia social entre los hombres, que se establece desde la forma de organización del sistema productivo hasta la más elaborada institución de la superestructura social.

Por lo tanto, cuando Jakobs enseña que el fundamento del deber en el derecho penal, y consecuentemente el fundamento de la responsabilidad, es el reconocimiento del otro como persona, y que el contenido de ese fundamento es la no agresión al otro, se debe concluir que el propio vértice que sustenta ese fundamento es la división social del trabajo, pues es la provocadora de la interdependencia entre hombres y clases sociales y la génesis objetiva del deber de respetar al otro, en frente de la interdependencia materialmente manifestada en el seno de la Sociedad.

Para además de la fundamentación sociológica del deber de no-agresión, hay aún que ser hecha la observación según la cual, para el nuevo modelo estructuralista de ordenamiento jurídico, denominado por el profesor Paulo Bonavides como "*pos-positivista*", ese fundamento del derecho penal no se encuentra legitimado en los propios textos de la legislación ordinaria, sino si, en la Constitución Federal, pues esta representa el substrato

[170] Jakobs, Günther. "A Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução de André Luís Callegari. San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2000. p.26.

político-normativo que fundamenta todo el mundo de la juridicidad. Como desdoblamiento de ese posicionamiento relativamente innovador, el deber de no ofender al otro (en su dominio individual o en su proyección colectiva) resulta del desdoblamiento del principio constitucional político-jurídico de la Dignidad de la Persona Humana, por su turno, positivado en el art.1°, III de la Constitución Federal de 1988 que establece los fundamentos de la República Federativa del Brasil. [171]

Realizadas las debidas ponderaciones sobre el fundamento del derecho penal y, consecuentemente de la imputación penal, se debe ahora hacer un análisis de los paradigmas valorativos de la teoría de la imputación objetiva que regulan, o pretenden regular, los contornos de la conducta delictiva.

3.2.1. *Riesgo permitido versus riesgo prohibido*

Hasta la primera mitad del siglo XVIII, la sociedad humana aún no había alcanzado un grado de sistema productivo que representase una gran transformación de la naturaleza, en escala cuantitativa masificada y que promoviese la mudanza de todos los padrones sociales establecidos hasta entonces, de forma radical, tanto en la relación entre el hombre y la naturaleza en cuanto en las relaciones de los hombres entre sí para la producción de los bienes necesarios a la sociedad.

De hecho, solamente con la revolución industrial de la segunda mitad del siglo XVIII, operada inicialmente en Inglaterra, la humanidad se empeñó en un modo de producción de bienes de consumo en larga escala, lo que demanda la extracción en volumen apañado de materia-prima, la exploración masiva de mano de obra asalariada, y la estructuración de la sociedad como mercado de consumo, representando ese movimiento de las fuerzas económicas, el ápice del aspecto revolucionario que el Capitalismo representó en el dato histórico.

Si antes de ese momento histórico crucial, la vida en sociedad ya representaba el disfrutar de sus beneficios y concomitantemente la manutención de una zona de riesgo cotidianamente reinventado a las propias personas que componen el cuerpo social, aún no se había manifestado con tanta fuerza. En adelante, todas

[171] BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 11ª ed. San Pablo - SP: Malheiros. 2001. p.237 .

las etapas del proceso productivo pasan a crear un riesgo de gran monta, en potencial o en acto dirigido, que va desde la extracción de la materia-prima y la consecuente degradación ambiental, pasando por la transformación de la materia natural a la manufacturada (o maquinofacturada) en la industria, exigiendo la práctica de actividades dañosas a la masa de trabajadores, y por fin, distribuyendo en la sociedad, bienes de consumo que, eventualmente, pueden producir riesgos a la salud del consumidor. En todas esas etapas, el riesgo creado es de impacto relevante, e potencialmente dañoso a un número indeterminado de personas.

Paso a paso, con el desarrollo de la tecnología, los riegos relevantes van a ser diseminados por la sociedad, y van a sedimentar desde la construcción de una usina nuclear (y la posibilidad de un daño irreparable a la biodiversidad) hasta dirigir un automóvil (una actividad que crea un riesgo cotidiano). De esta forma, apunta SILVA SÁNCHEZ, que se presenta "la configuración del *riego de procedencia humana como fenómeno social estructural*", o sea, como parte integrante y necesaria de la propia estructura social. En el mismo sentido, JAKOBS enseña la existencia del "carácter oblicuo de los riesgos permitidos", como demonstración de la diseminación del riesgo en todas las formas de comunicación intersubjetiva social. [172] [173]

Agrega aún, SILVA SÁNCHEZ, en su exposición sociológica del riesgo, que en la infraestructura social la tecnología provoca cada vez más su agravamiento, al paso en el cual, en la superestructura, el mismo efecto es alcanzado por las relaciones sociales fundamentadas en la competitividad. Esa perspectiva estructural de la sociedad capitalista posmoderna no puede, así mismo, sugerir que no exista una interrelación estructural entre la producción económica y las instituciones sociales y jurídicas que componen la organización ideológica de la sociedad. Hay siempre una conexión de mano doble que permite la emisión de informaciones y valores, bien como la recepción de esos mismos contenidos, cuando retornan debidamente digeridos y transmutados, al modo de cada soporte social.

[172] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "A Expansão do Direito Penal". Tradução da 2ª edição espanhola por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2002. p.29

[173] JAKOBS, Günther. "*A Imputação Objetiva no* ...".p. 34.

En la sociedad posmoderna, tecnología y competitividad, se entrelazan y producen sus efectos en la totalidad de la estructura.

Pero, el avance tecnológico no propicia un aumento del riesgo apenas en las conductas sociales dotadas de significación comisiva, como equivocadamente pueda parecer. El progreso tecnológico imprime también una fuerte tendencia de ampliación del riesgo por los comportamientos sociales dotadas de significación omisiva. El injusto penal omisivo pasó a exigir mayores atenciones por parte de la ciencia penal hodierna, por el hecho del hombre contemporáneo estar siendo empujado cada vez más para la ociosidad en frente de la mecanización y automación de las relaciones sociales antes puramente humanas. Como característica general del hombre actual, su comportamiento tiende más a la inacción que a la actuación positiva, por cuenta del conforto tecnológico, inclusive.

Con todo, este posmoderno '*no hacer*', no implica en reducción del riesgo inherente a la actuación social, muy por el contrario, porta un sentido de agravamiento del riesgo en los delitos omisivos, inclusive los impropios (comisivos por omisión). El significado que los comportamientos omisivos imprimen es el de incumplimiento de un deber jurídico (e social) de actuación positiva de resguardo y protección de los bienes jurídicos esenciales a la propia Sociedad. Lo que se observa, en el tiempo presente, es que el '*no hacer*' y la sensación generalizada de impotencia del individuo, crean riscos absolutamente relevantes a bienes jurídicos indispensables a la Sociedad.

Pero en este sentido, es importante asegurar, a menudo, que la difusión de "no hacer" por la sociedad no es fruto de opción política estructural, como equivocadamente se ha defendido, y si fruto del avance tecnológico con su producción de conforto y su respectivo consumo exacerbado. Como inequívocamente enseña el profesor MILTON SANTOS: "El consumo es el gran emoliente, productor o esperanzador de inmovilismos." [174]

En la exposición hecha por SILVA SÁNCHEZ, en su obra ya ampliamente citada, "La Expansión del Derecho Penal", *pari passu*, existe aún una consideración que no fue formulada por el autor,

[174] Continua aún el profesor Milton Santos aceptando que: "Consumismo y competitividad llevan al debilitamiento moral e intelectual de la persona, a la reducción de la personalidad y de la visión del mundo, convidando, también, a olvidar la oposición fundamental entre la figura del consumidor y la figura del ciudadano." (*in* SANTOS, Milton. "Por Uma Outra Globalização: do pensamento único à consciência universal". 6ª ed. Río de Janeiro - RJ: Record. 2001. p.49).

pero que no puede pasar desapercibida en la teoría del riesgo permitido, que es en cuanto al criterio *utilitarista* de fijación de los contornos de la actividad creadora de riesgo permitido y el hecho de que, a los beneficios oriundos de la actividad potencialmente lesiva, no todos los hombres tienen acceso (basta recordar que el neoliberalismo impuesto al país en la última década produjo cincuenta millones de personas viviendo debajo de la línea de la pobreza, por lo tanto, excluidos de los beneficios de la vida social), pero en cuanto a los daños que la tecnología causa a la naturaleza y a la vida humana, todos los hombres 'participan', o son afectados igualmente. De este hecho, se puede entonces concluir que, en el Utilitarismo Liberal, solamente los daños son democráticamente distribuidos en la Sociedad.

El Utilitarismo como fundamento del derecho penal lo transforma en un instrumento para la sumisión de la Sociedad, y consecuentemente del hombre en su doble aspecto (individual y social), a los fines políticos del gobierno estatal (o mercado), siendo esta una de las premisas para la arbitrariedad. Como sustenta el profesor Luiz Flávio Gomes, el "utilitarismo estatal" tiende "a hacer de la persona un medio para alcanzar sus fines". [175]

Así, el criterio utilitarista para la determinación de lo que realmente es permitido o reprobado, social o penalmente, no debe ser aprobado sin mayores contestaciones, si realmente fuera aceptado. Hay que considerar la complejidad de la estructura de la vida en sociedad posmoderna, y así mismo, ponderar con relevancia, y reconocer como un dato esencial, esa complejidad, en la fijación de la relación costo-beneficio social, pues no hay uniformidad o linealidad en esta conexión, que, en cuanto a los hechos, a los bienes o a los sujetos. [176]

[175] Gomes, Luiz Flávio. "Princípio da Ofensividade no Direito Penal". San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2002. p.17.

[176] Adopta el criterio utilitarista para la fijación del riesgo permitido, Silva Sánchez: "Como es sabido, el concepto de riesgo permitido expresa una ponderación de los costos y beneficios de la realización de una determinada conducta", rogando así mismo por el aumento del margen del riesgo permitido, con nexo en un discurso liberal al estilo del siglo XIX. (Op.Cit., p.43). En sentido contrario, Günther Jakobs, reconociendo la falta de clareza en cuanto al criterio de costo y beneficio: "Entretanto, la esperanza de haber encontrado una especie de fórmula del riesgo permitido por medio de una proporcionalidad entre costos y beneficios, concretamente entre libertad de comportamiento y colocación en peligro de bienes, se ve perjudicada, pues faltan criterios adecuados de valoración, criterios sin los cuales todo cálculo pierde su validad."(*in* "A

Del resto, en cuanto a la incidencia de la tecnología y de la competitividad en la sociedad, observada por SILVA SÁNCHEZ, es innegable que el modo de producción capitalista posee una marcada tendencia autodestructiva, pues produce sistemáticamente una franja de la población de excluidos (que actúa como garantía de mano-de-obra barata, pero también como instrumento que multiplica en progresión geométrica el riesgo y el daño social), en frente de la alienación económica, acumulación de capital conjugada a la propiedad privada, y de las relaciones sociales superestructurales de competitividad (destrucción de los concurrentes), siendo que hoy, estas se instalaron desde la estructura familiar, pasando por las relaciones de amistad, vecindad, y profesionales, hasta los partidos políticos y consecuentemente, en el seno del gobierno estatal. Y, como demonstración de su contenido último, hasta mismo la guerra es un proceso legítimo de selección natural (*darwinismo social*), dicen los liberales burgueses. [177]

No obstante, esa tendencia autodestructiva de la sociedad capitalista es contrabalanceada con la volatilidad de las relaciones estructurales, lo que permite que, en los momentos de estrangulamiento de un modelo, la sociedad pase por períodos de transición y adaptación a un nuevo paradigma, sin que este movimiento social represente un período histórico revolucionario. Así se dio en el pasaje del Estado liberal clásico para el Estado socialdemócrata. Fue un proceso de construcción de un nuevo modelo de sociedad capitalista, en frente de los graves problemas sociales causados por la ausencia de intervención del estado liberal en la sociedad. Esa mutabilidad de la sociedad capitalista fue percibida y se volvió objeto de consideración de KARL MARX (1818-1883), en los siguientes términos:

Las relaciones burguesas de producción constituyen la última forma antagónica de proceso social de producción, antagónicas no en un sentido individual, sino de un antagonismo naciente de las

---

Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução de André Luís Callegari. San Pablo - SP: RT. 2000. p.36).

[177] Divergiendo de la posición de Silva Sánchez, la socialdemocracia y el Estado del bienestar social, representan una tentativa de contener el aspecto autodestructivo del capitalismo, a través de la adopción de políticas públicas que amortizan sus daños. La explosión del desempleo y de la miseria en el final del siglo XX, con todos sus consecuentes sociales, *a contrario senso* de lo que piensa Silva Sánchez, no se dio por cuenta del Estado del bienestar social, pero por cuenta del neoliberalismo y de la globalización de la economía. *v.* SANTOS, Milton. "Por Uma Outra Globalização". Río de Janeiro - RJ: Record. 2001.

condiciones sociales de vida de los individuos; con todo, las fuerzas productivas que se encuentran en desarrollo en el seno de la sociedad burguesa crean al mismo tiempo las condiciones materiales para la solución de este antagonismo. De ahí que con esa formación social se encierra la prehistoria de la sociedad humana. [178]

Por cuenta de la mutabilidad de la sociedad capitalista, son alternados los períodos en que la libertad de emprendimiento y competición aplicada ampliamente. Con todo, luego de esos períodos de libertad amplia, consecuentemente, en frente de la ampliación del riesgo y del daño, siguen períodos de contención de estos, por lo tanto, se pasa por una etapa donde se disminuye la libertad competitiva, para la búsqueda de condiciones materiales más distribuidas y menos arriesgadas para la sociedad. En resumen, el riesgo permitido aumenta y disminuye conforme el momento histórico, de ahí se puede afirmar que los contornos del riesgo son históricamente determinados. [179]

Si la actuación en sociedad inexorablemente representa la creación de riesgos a los bienes jurídicos relevantes, deberá entonces establecerse un límite de razonabilidad para el riesgo permitido, donde, evidentemente, dentro de su alcance, mismo que haya un daño al bien jurídico tutelado por la norma penal, no existirá su imputación, pues se trata de una acción necesaria o habitualmente aceptada por la Sociedad. De otra forma, en la identificación del comportamiento que crea un efectivo riesgo prohibido o no tolerado, a aquellos mismos bienes jurídicos, nacen los elementos formales y materiales del delito, legitimando la imputación penal. En este sentido es el pensamiento del profesor Damásio de Jesus, *in verbis*:

En la vida comunitaria, estamos expuestos a una multiplicidad de peligros y nuestros bienes jurídicos, sin que esto tenga

[178] Marx, Karl. "Para a Crítica da Economia Política". Coleção "Os Pensadores". San Pablo - SP: Nova Cultural. 1999. p.52/53.

[179] Aunque no llegue a esta conclusión notoriamente por la defensa apasionada que hace del liberalismo, Silva Sánchez, reconoce la mutabilidad de los límites del riesgo permitido: "De esta manera, si hace un siglo el estado de cosas predominantes en el pensamiento europeo 'desarrollista' podía aproximarse a la máxima 'navegare necesse est, vivere non necesse', neste momento –en que pocos 'navegan', esto es, apostar decididamente por el desarrollo– se debate en torno de la prioridad de la necesidad de 'vivir' y, por extensión, la reducción de las fronteras del riesgo permitido." (*Op.Cit.*, p.43). Con todo, se debe aún observar que en la defensa apasionada que hace del liberalismo, comete el equívoco de atribuir al estado social democrata, los efectos nefastos del neoliberalismo (explosión del desempleo y de la miseria).

cualquier relación con el Derecho Penal. De modo que las conductas socialmente adecuadas (permitidas) noson típicas, aún que produzcan daño jurídico relevante. Realmente, la seleccciónde conductas que deben ser prohibidasexige una valoración, notándose que algunas son aceptadas por el ordenamiento social. En frente de esto, estas no deben ser consideradas típicas. [180]

Por la disposición del profesor DAMÁSIO, al afirmar que hay un *ordenamiento social* anterior al ordenamiento jurídico, y que determina la tipicidad o no de una conducta llevada a efecto en las relaciones intersubjetivas, se reafirma la noción de que hay un conjunto de valores que residen en la propia Sociedad y que legitima la formulación normativa. Así, una vez más, también se reconoce que el derecho no es un sistema *autopoiético* como pretende NIKLAS LUHMANN.

Se puede decir, además, que el riesgo permitido es *a priori* histórico-sociológico, por gestarse en las relaciones sociales efectivizadas en un dado momento histórico, con *a posteriori* normativo, cuando ingresa axiológicamente en las determinaciones jurídicas de cada época. Para evitarse tautologismo, en definitivo, se trata de la afirmación de la magnífica teoría del 'Derecho Puesto y Derecho Presupuesto', del profesor EROS ROBERTO GRAU, según el cual: "La explicación del fenómeno jurídico –siempre me pareció así– había de ser comprendida a partir de la consideración de las condiciones históricas de la sociedad en la cual él se manifiesta." [181]

Al contrario de lo que piensan algunos autores que adoptan el liberalismo burgués como premisa, la adopción del criterio del riesgo en la conducta delictiva no representa apenas una opción política de la social democracia. Ocurre que hay más idoneidad para justificar la imputación en la creación teórica del riesgo objetivo que en la adopción de una perspectiva subjetiva de peligrosidad capaz de producir un resultado dañoso. Esta perspectiva subjetiva de daño solo tiene aplicación, mismo que oscura y porosa, en

[180] JESUS, Damásio Evangelista de. "Imputação Objetiva". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.41.

[181] "Pretendí encontrar el fundamento del *derecho puesto* en la sociedad que históricamente lo *presupone*, lo que me lleva a tratar no de *un derecho absoluto*, sino *del derecho de una determinada sociedad* (el *derecho* no existe; existen lo*s derechos*), aquella sociedad en la cual el está inserido. En el *derecho presupuesto* encontramos los *principios* (jurídicos) de esa determinada sociedad." (GRAU, Eros Roberto. "O Direito Posto e o Direito Pressuposto." 3ª ed. San Pablo - SP: Malheiros. 2000. p.35).

la causalidad de los delitos de resultado. Por lo tanto, no atiende siquiera a la generalidad de los delitos previstos en ley. Si, en sentido inverso del parámetro subjetivo, se adopta el criterio normativo-objetivo del riesgo prohibido como elemento constitutivo de la conducta típica, todos los delitos, sean de resultado, formales o de mera conducta, podrán ser averiguados uniformemente. No todos los delitos son de resultado, sino todos presuponen una conducta.

De esta forma, la teoría del riesgo ingresó en los debates jurídico-penales, como elemento normativo identificador de las conductas típicas, a través del trabajo de CLAUS ROXIN (*Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*), presentado en 1970 cuando de la conmemoración de los 70 años de RICHARD HONIG, donde defendía la propuesta de este último en cuanto a la imputación objetiva, lo que hizo, según LUÍS GRECO: “no cansando de destacar en qué medida esta implica un abandono del ontologismo, de conceptos pre-jurídicos, en favor de un método teleológico, normativo.” [182]

La exposición del principio del riesgo hecha por ROXIN, en aquella oportunidad, fue estructurada apenas a partir de nociones axiológicas, de manera que, no trato de la necesaria discusión fenomenológica del alcance del riesgo permitido en la sociedad. Acontece que, el principio del riesgo no puede ser debatido apenas axiológicamente o estructuralmente, bajo pena de redundar en grave carencia conceptual y esterilidad. Discutir riesgo en la sociedad carece inexorablemente de evaluación sociológica. Por esta razón es que su perspectiva del riesgo es criticada, pues se presenta mucho más axiomáticamente, sin mayor profundidad, como noticia GRECO. [183]

Se limito ROXIN a declarar apenas que, “en relación con la imputación del agente, aún se acrecientan posteriormente principios especiales de imputación - tales como el dominio del hecho o la lesión de un deber especial extrapenal.” Ese deber extrapenal es justamente el dato sociológico que fundamenta la norma penal,

[182] GRECO, Luís. “O Princípio do Risco, de Roxin [1970]”. *in* ROXIN, Claus. “Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal”. Tradução e introdução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.116.

[183] *Op.Cit.*, p.60.

bien como toda norma jurídica (el derecho presupuesto del profesor GRAU). [184]

El trabajo teórico de ROXIN, en aquella oportunidad, se volcó más para enumerar hipótesis de exclusión de tipicidad en frente de la actuación que no representa la creación de un riesgo relevante a los bienes jurídicos, teniendo establecido cuatro principios, o desdoblamientos de su teoría del riesgo: (*a*) exclusión de la imputación por la disminución del riesgo; (*b*) exclusión de la imputación por la creación de riesgo jurídicamente irrelevante; (*c*) aumento del riesgo y comportamiento alternativo conforme al derecho; (*d*) exclusión de imputación por el fin de protección de la norma.

(*a*) *Exclusión de la imputación penal por la disminución del riesgo*. Una vez considerada la conducta delictiva como un comportamiento normativamente evaluado, y responsable por la creación de un riesgo reprobable y relevante a un bien jurídico, se debe ponderar, lógicamente, que la acción desarrollada por el sujeto en el sentido de disminuir un riesgo preexistente al cual no haya dado causa anterior (que no sea jurídicamente responsable), no debe ser considerada como típica, mismo que venga a producir una lesión al bien jurídico tratado originariamente. De esa noción derivan cuatro puntos relevantes: a) que no sea jurídicamente responsable, con una contribución anterior para la causalidad que se está desarrollando en el momento de la intervención; b) actuación en el sentido de protección del bien amenazado o, en las palabras de ROXIN: "si mejorar la situación del objeto de la acción"; c) que el riesgo este en desarrollo, esto es, que haya actualidad; d) que el sujeto que desarrolla la actividad de disminución del riesgo no sea un garante (si lo fuera, responderá por la materialización del riesgo en el daño, mismo que minorado, puesto que tenía la obligación de protección y la posibilidad de actuación). [185]

(*b*) *Exclusión de la imputación por la creación de riesgo jurídicamente irrelevante*. Se refiere a las conductas humanas que no crean un peligro concreto de lesión relevante al bien jurídico. Al contrario de lo que pueda parecer en primer plano, no se trata de la adopción de la teoría de la adecuación (VON KRIES, VON BAR), que considera como causa "la condición en general idónea o adecuada

[184] ROXIN, Claus. "*Problemas Fundamentais de ...*". p.162.
[185] ROXIN, Claus. "*Funcionalismo e ...*". p. 313.

a determinar el fenómeno", pues esta considera exclusivamente el movimiento físico del dogma causal. [186]

El comportamiento que crea un riesgo irrelevante para la teoría de la imputación objetiva se acepta sobre el concepto normativo-teleológico de irrelevancia de la conducta, con base en el Principio de la Ofensividad, por lo tanto, no se utiliza para esta finalidad el método ontológico de la conducta, quedando en segundo plano su dato físico. Según Luiz Flávio Gomes:

Ya no es concebible que el juicio de tipicidad se resuma a una constatación puramente formalista o literal (adecuación gramatical de la conducta a la letra de la ley). Para además de ese nivel meramente subjuntivo, el hecho es típico cuando el bien jurídico, revelado por la norma (de valoración), viene a ser concretamente afectado (o por una lesión o por un peligro concreto). [187]

En esta noción de incluir la *causalidad errante*, en cuanto eventos incapaces de desviar el curso de la causalidad previamente elaborada, o de prestar mayor idoneidad a la conducta reflejada en progresión al bien jurídico que se pretende agredir, además de la consideración de que la insignificancia incide tanto sobre el resultado como sobre la conducta (*v.* capítulo intitulado "De la Filosofía de la Física del Derecho Penal").

(*c*) *Aumento del riesgo y comportamiento alternativo conforme al derecho*. Se presenta la proposición teórica, destinada exclusivamente para el debate de la imputación penal en los delitos culposos, como, además, casi todas las propuestas de Roxin. Ocurre en los casos en que el agente culposamente incumple norma preventiva anterior, aumentando el riesgo de producción del resultado delictivo, y que, provocando la lesión al bien jurídico, no la habría evitado se realizase un comportamiento alternativo conforme al derecho, o sea, el riesgo concreto o daño al bien ocurriría de cualquier forma, mismo que hubiese actuado de acuerdo con la regla de cuidado. De este hecho, fundado en la inevitabilidad del riesgo y su concreción en el daño, existe la exclusión de la imputación objetiva del tipo penal culposo. En este caso, no hubo creación de riesgo prohibido. *Ad exemplum*: motorista dirigiendo en

[186] Hungria, Nelson. Fragoso, Heleno. "Comentários ao Código Penal". Vol.01. tomo II. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.61.

[187] Gomes, Luiz Flávio. "*Princípio da Ofensividade no* ...". 2002. p.17.

contramano atropella pedestre que invade la pista de rodamiento inopinadamente.

Si, a través del juicio hipotético que el caso exige, se observa que el comportamiento conforme el derecho habría evitado el daño, existirá la imputación objetiva por el incremento del riesgo (creación de riesgo prohibido).

(*d*) *exclusión de imputación por la esfera de protección de la norma*. También destinada para la resolución de delitos culposos, esta propuesta teórica señalada por ROXIN es razón de gran polémica y debate en la doctrina, notoriamente por parecer conflictiva con los criterios anteriores aceptados metodológicamente en la misma oportunidad y por revelar el carácter tópico que envuelve el conjunto de la exposición. Conforme expone el propio autor, la esfera de protección de la norma fue concebida "para situaciones en que el resultado se produce como consecuencia de una creación de riesgo no permitida y, no obstante, no es imputado porque el legislador no desea hacer responsable a la persona que actúa." [188]

Obsérvese el ejemplo dado por el autor: "Dos ciclistas dirigen en lo oscuro, uno atrás del otro, sin iluminar las bicicletas. Por causa de la ausencia de iluminación, el ciclista de la frente colide con un ciclista viniendo del sentido opuesto. El resultado habría sido evitado, se el ciclista de atrás hubiese iluminado su bicicleta." [189]

Teniendo en vista que ambos ciclistas que andaban en la misma dirección no observaron la norma de cuidado, cual sea el de iluminar sus bicicletas, y aunque el ciclista trasero haya aumentado el riesgo del resultado, este no podrá ser imputado pues, el fin de protección de la norma de cuidado es la iluminación de su propio vehículo, no el del otro. Por lo tanto, existirá su exclusión de la imputación.

Del análisis del presente ejemplo, varias conclusiones pueden ser obtenidas, aceptándose en principio, en las palabras de FEIJÓO SÁNCHEZ, que "este criterio tiene como principio básico la idea de que la norma de conducta (norma de cuidado) solamente se refiere a determinados riesgos, no teniendo que evitar la realización de riesgos permitidos o, lo que es lo mismo, de todo tipo de riesgo." [190]

[188] ROXIN, Claus. "*Problemas Fundamentais de ...*". p.155.

[189] ROXIN, Claus. "*Funcionalismo e ...*". p.335.

[190] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Teoria da Imputação Objetiva". Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri - SP: Manole. 2003. p.52.

Otra observación que deriva del ejemplo en cuestión, y de otros aceptados por la doctrina, es que, cuando se habla de ámbito de protección de la norma de cuidado como criterio de exclusión de la imputación, no se está hablando propiamente de la norma penal, norma represiva. Se está por pregonar que normas de cuidado o de organización social, que en su gran mayoría son normas de naturaleza administrativa, pueden excluir la imputación penal (en los ejemplos doctrinarios generalmente son normas de tránsito). Por lo tanto, hay exclusión de la imputación penal aceptada en normas de naturaleza extrapenal (pero un dato contrario a la idea de sistema *autopoiético* de Niklas Luhmann).

Aún más, y con mayor repercusión en frente de las querellas doctrinarias y críticas levantadas contra Roxin, es de considerar que ese 'ámbito de protección de la norma' no es la misma cosa que 'ámbito de protección del tipo penal'. Esa diferenciación crucial fue hecha por varias veces por el propio Roxin, con todo no es observada por sus críticos.

De este hecho, el 'alcance de la norma' implica en una evaluación de la acción con criterios extrapenales, para determinar el significado de la conducta. El 'alcance del tipo' implica en una evaluación del comportamiento humano con criterios intra penales, dentro del propio sistema penal para fijarse la imputación del resultado.

En resumen, la exposición teórica de Roxin en los cuatro tópicos retro, no obstante, las incesantes críticas (en su inmensa mayoría, equivocadas), se reveló esencial para el perfeccionamiento de la Teoría de la Imputación Objetiva, y mismo quien no la apruebe, no se podrá dedicar al derecho penal del tercer milenio simplemente ignorándola.

La crítica relativa al carácter axiomático de esta primera elaboración de la Teoría de la Imputación Objetiva de Roxin, se establece a partir del momento en que su autor defiende la existencia do risco permitido en las relaciones sociales, pero no expone las razones de ese permiso, o sea, las premisas de su estructura fenoménica.

Con todo, como un dato evolutivo de la teoría, el profesor Günther Jakobs realizó el 'salto cuántico' necesario a la mayor consustanciación de la imputación objetiva, persiguiendo la razón fenomenológica del riesgo permitido, encontrando, en ese menester, la más significativa premisa de contenido para la estructuración

de la teoría del tipo penal en el siglo XXI, que es la "configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido", asegurando, además, que su exposición teórica "se refiere al permiso de aquel riesgo que necesariamente se encuentra vinculado a la configuración de la sociedad; se trata, por lo tanto, de una concreción de la adecuación social." [191]

En cuanto a la evolución de la perspectiva teórica estructural de la imputación objetiva en cuanto propuesta científica para el derecho penal, gracias a JAKOBS y a su fundamento unitario de alcance generalizado, por residir en el vértice de la concepción normativa de conducta (sea ella comisiva u omisiva, dolosa o culposa, consumativa o interrumpida), supero también, la crítica dirigida a ROXIN de que el lugar de la teoría de la imputación objetiva, dentro de la sistemática jurídica penal, seria en la parte especial de los códigos y no en la teoría del crimen (así entendieron HANS JOACHIM HIRSCH e ARMIN KAUFMANN).

Este entendimiento de que la misma no tendría lugar en la parte general de los estatutos penales se dio en razón de la exposición de ROXIN ser tópica, quebradiza, con la elaboración de varios principios específicos, además de haber sido adaptada a partir del método hipotético-inductivo, con la utilización frecuencia de casos concretos para la posterior justificación de una conclusión principiológica más amplia, esto es, amplia pero no expresando una generalidad que justificase su situación en la parte general de los códigos penales. Así también parece pensar WESSELS cuando anuncia que la imputación objetiva "limita la responsabilidad jurídico penal, en caso de corriente causal anormal y consecuencias dañosas atípicas, ya en el sector del *tipo de injusto objetivo*", dándole un aspecto de subsidiariedad, en cuanto a los casos en que la causalidad se muestra inadecuada. [192]

Insta acentuar que la parte general del código penal es el conjunto metodológicamente sistematizado de los principios generales del derecho penal, con todo este conglomerado central de informaciones no tiende a la resolución casuista, y hasta misma contradictoria en especificidades, de la totalidad de los delitos tipificados en la parte especial o aún en leyes especiales.

[191] JAKOBS, Günther. "*A Imputação Objetiva no ...*". p.35.

[192] WESSELS, Johannes. "Direito Penal: parte geral". Tradução de Juarez Tavares. Puerto Alegre - RS: Sérgio A. Fabris Editor. 1976. p.45.

Su función es el establecimiento de una teoría general, o sea, un sistema de generalidades y no de totalidad. Conjuntos principiológicos como la parte general del código penal, poseen elasticidad suficiente para la estructuración de un sistema normativo, pero, en frente del gran número de hechos típicos sobre los cuales tiene que incidir (parte especial y legislación extravagante), siempre habrá un pequeño margen de combinación no-linear. En cuanto mayor fuera el ordenamiento legal, mayor será el margen de crisis (incongruencia). [193]

Así mismo, junto a las críticas dirigidas a la teoría de Roxin, su concepción de los varios principios específicos se dio en primer plano para la resolución de cuestiones referentes a los crímenes culposos, de modo que, para algunos autores, parecía un sistema destinado exclusivamente para los delitos negligentes, lo que, todavía, se mostró equivocado en frente del mismo fundamento defendido por Jakobs. Anótese también que Roxin jamás defendió que los principios por el propuestos tendrían aplicación exclusiva a los injustos de culpa, apenas no busco la identificación de un fundamento monista, así como el de la configuración de la Sociedad como fuente del riesgo permitido y del deber jurídico de no agresión.

El fundamento mayor de la teoría de la imputación propuesto por Jakobs reside en la concepción del *'papel social'* desarrollado por cada persona en la intersubjetividad. Ese 'papel social' representa los contornos de la libertad de estructurar el comportamiento individual en frente de la convivencia en sociedad, y cuyo contenido (acción y valor) se manifiesta en ese campo de actuación que el hombre edifica para sí, bien como en la expectativa que la sociedad tiene em relación al desarrollo de ese personaje (*feedback*). De esa forma, según el autor, se forman dos status: *"status general" e "status específico"*.

[193] En el mismo sentido, el prof. Luís Greco, observa que, "La parte general sintetiza lo que existe de común a la generalidad (no necesariamente a la totalidad) de los tipos específicos." (Greco, Luís. "Inadequação da Imputação Objetiva nos Delitos Dolosos". *in* Roxin, Claus. "Funcionalismo e ...". p.111). En sentido contrario, Capez entiende que la parte general del CP se destina a la totalidad de los delitos, cuando afirma que "en ella constan los dispositivos comunes incidentes sobre todas las normas." (Capez, Fernando. "Curso de Direito Penal: Parte Geral". 2ªed. San Pablo - SP: Saraiva. 2001. p.11).

Este *status* general es el *status* mínimo que es posible imaginar: su contenido consiste en tener que respetar al otro en su derecho y en ser respetado por el otro en el propio derecho. [194]

Así, esa hegeliana situación general consiste en la conformación social difusa que alcanza a todos los miembros de la sociedad (*diffusa in omnis*), como comando de contenido mínimo y fundamental, cual sea, el deber de establecimiento de relaciones sociales sinalagmáticas basadas en la no agresión, esto es, hasta el límite de lo socialmente permitido, ya que el conflicto es intrínseco. Este es el primer paso para la consubstanciación del riesgo permitido.

En cuanto al *status* especial, según JAKOBS, resulta del hecho de los hombres vivieran "en un mundo *socialmente configurado* de una manera determinada", resultando siempre del hecho de aquella generalidad no implicar en linealidad de los papeles sociales, pues se concretiza en una multiplicidad de espacios y comportamientos distintos conforme el posicionamiento del personaje. Así, las personas en sociedad representan papeles sociales y jurídicos, como, por ejemplo: padre, madre, hijo, patrón, empleado, vecino, etc...

Siguiendo esta vertiente, se puede decir que el fundamento general de la responsabilidad penal es una relación social recibida por la norma. El deber de no agresión surge en cuanto valor relevante y carecido de calificación que le dé carácter de obligatoriedad y estabilidad (juridicidad), como un deber social (derecho presupuesto) de garantía por parte de los hombres, englobando unitariamente los comportamientos comisivos y omisivos, que, en verdad, para el derecho penal, poseen un *significado* de deber positivo y negativo.

No hay divergencias fundamentales entre las teorías de ROXIN y de JAKOBS, por cuanto la primera observación relativa al "papel social" de los individuos en la sociedad, esencial para la doctrina de este, fue hecha por aquel, en trabajo publicado en 1970 (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*), habiendo apenas diversidad de puntos de partida adoptados por los autores, pues la primer parte del análisis de valores axiológicos y hechos sociales, al paso en que el segundo verifica con absoluta relevancia el *status* de las personas involucradas en los acontecimientos. Pero ambos

[194] JAKOBS, Günther. "*Ação e Omissão no...*". p.35.

se completan, consolidando el *espectrum* fundamental del derecho: hombres, hechos y valores. [195]

Como es natural en ciencia, la teoría de Jakobs también es criticada por muchos autores, como Feijóo Sánchez, que acredita no ser portador de relevancia para el derecho penal el 'papel social' o, como denomina, 'función' desempeñada por los hombres, pues el tipo penal se dirige a todos indistintamente:

Los tipos desaprueban modalidades de conductas o contactos sociales que no pueden emprender los ciudadanos. Por ejemplo, servir un plato de comida envenenada no está permitido para nadie, mismo que sea garzón. El objeto de la imputación y de valoración no es una función, sino un ciudadano que desempeña una función con ciertos límites en su libertad de actuación (limites determinados, por ejemplo, en las leyes penales). [196]

Esta crítica dirigida al "papel social" como fundamento de la imputación penal, con todo, no procede. Lo que ocurre es que, el *status* especial apenas es relevante en la configuración de los tipos que lo exigen, por cuanto existen figuran típicas que encierran una exigencia en cuanto a la situación del autor en la relación social protegida, notoriamente en cuanto a los delitos propios, funcionales, de responsabilidad, entre otros paradigmas. Si solamente los hombres que ejercen función política en la administración pública pueden cometer crímenes de responsabilidad, el delito está exigiendo el *status* especial. Por lo tanto, los tipos penales no siempre se dirigen a los ciudadanos (no portadores de *status* específico).

No se debe confundir también la función social del derecho penal con la del derecho civil. Al derecho civil cabe establecer los tipos o categorías de actuación que los hombres deben desarrollar en la sociedad (como ser padre, como ser madre, como ser un contratante, etc....). Por lo tanto, al derecho civil cabe la configuración del substrato normativo del *status* especial (lo que también no impide la incidencia de otros ramos del derecho para este fin, como el administrativo en relación al concepto de funcionario, etc....). El derecho penal, tomando otra dirección, no establece las categorías de comportamiento, sino si, identifica el grado de riesgo

[195] Roxin, Claus. "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002.

[196] Feijóo Sánchez, Bernardo. "*Teoria da Imputação* ...". p.123.

permitido cuando el hombre actúa concretamente en el ejercicio de ese *status*. [197]

Además, y una vez más, se verifica que el derecho penal no es un sistema aislado, por cuanto el *status* especial se fundamenta en razones extrapenales. De esta forma, cuando el funcionario público comete un delito funcional (no importa si por acción o por omisión), el fundamento de la imputación es el incumplimiento del deber de lealtad para con las funciones que ejerce. Con todo, ese deber de lealtad no se establece propiamente en el sistema penal, sino en el ámbito del derecho administrativo, pudiéndose concluir que la imputación ocurre esencialmente por razones extrapenales, aunque se socorra, para este fin, de instrumentos internos del sistema represivo.

La propia configuración normativa del bien jurídico tutelado penalmente requiere el auxilio de otros ramos del derecho, como el civil, como bien acepta KARL ENGISCH en el siguiente ejemplo:

(...) decir que una cosa es «ajena» y puede, por lo tanto, ser posible objeto de un hurto, de un abuso de confianza o de un daño patrimonial, significa que ella «pertenece» a otro, que no al agente. Por consiguiente, se presupone aquí lógicamente el régimen de propiedad del derecho civil como complejo de normas. [198]

Hay entre tanto un posicionamiento teórico de JAKOBS que merece ser revisto. El autor expone el *'status general'* y el *'status específico'* como dos fundamentos distintos, o como dos realidades separadas, lo que carece de reparo. El *'status general'* como realidad autónoma y pura, no existe, se trata apenas de una concepción abstracta gestada por el método jusnaturalista del derecho, algo que está en una zona estratosférica y gris de la naturaleza, de la sociedad o de la psicología humana. Se percibe nítidamente aquí la herencia hegeliana.

Es de comprenderse que no existen dos *status*, hay apenas un STATUS SOCIAL DE SUSTRACCIÓN COMÚN Y ESTRUCTURA VARIABLE. Esto es, el *status* social del hombre posee una fundación principiológica

[197] Anótese aún que, recientemente el nuevo Código Civil brasileño (ley 10.406/2002) adopto en su Parte General (art.187) la teoría do ABUSO DE DERECHO que implica en la relativización de los derechos subjetivos y así mismo, abre margen a la aplicación del método funcional-teleológico de la adecuación social en nivel de derecho privado, dando unidad al nuevo sistema de derecho.

[198] ENGISCH, Karl. "Introdução ao Pensamento Jurídico". 8ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa - Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. p.212.

igual para todos (dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho determinado), y se constituye en aquel mismo mínimo de exigencia para la vida en Sociedad, que es el respeto sinalagmático, pero que ese mismo contenido, solo se hace efectiva (existencia fenomenológica) a través del papel específico que el hombre concreto desempeña históricamente, variando de amplitud conforme el riesgo permitido se configure en un momento dado.

Otra observación a ser hecha es que, en la Sociedad contemporánea es prácticamente imposible que el hombre determine solo, con exclusividad, su propio *status* social, pues, en virtud de la acentuada división social de las tareas, el sujeto tiene cada vez menos dominio sobre la estructuración de su propio campo de actuación (lo que Jakobs llama de 'competencia por organización'). Así mismo, cada vez más ese ámbito de comportamiento social del individuo es maduro a partir de paradigmas sociales pre-establecidos y subliminarmente impuestos, denunciando la propia inconsciencia del actor en cuanto a su *status* social.

Con todo, esta discusión sobre consciencia de *status* social, ultrapasa los límites del sistema de derecho penal, por no ser su objetivo formar la consciencia humana (cuestión de ética), sino apenas reprimir lo socialmente dañoso, y que, también, ella no compone el objetivo de este estudio que se dedica a la teoría de la imputación penal objetiva como un tema de doctrina de la ciencia jurídica.

Para la Ciencia del Derecho Penal, el Principio del Riesgo representa un avance en el sentido de resolver problemas metodológicos y sistemáticos que históricamente intrigaron a los Juristas, además de amoldar el derecho a la Sociedad, atribuir mayor relevancia a lo socialmente adecuado y así buscar la efectividad de la justicia que el ámbito social necesita.

Así mismo, esos vínculos a menudo establecidos entre el derecho penal y las otras ramas del derecho, no lo debilitan ni hacen del mismo un derecho accesorio o complementar. Se trata de un proceso de comunicación dialéctica, que en última instancia representa el contacto de la Sociedad y su sistema jurídico *lato sensu* con el derecho penal, otorgándole datos normativos, pero, en contrapartida cobrándole su fortalecimiento, en frente de su Fragmentariedad, pues solamente el ofrece respuestas satisfactorias a las lesiones graves en los bienes jurídico-penales.

Por último, resta apenas consignar que, no obstante, se parta de la noción de riesgo como elemento ubicuo y estructural de la Sociedad,

en cuanto tal, es pura abstracción e indiferente para el derecho penal. El riesgo *a priori* abstracto y general, se concretiza a través de los comportamientos humanos individualizados o individualizables, esto es, para el derecho penal lo que importa es la producción concreta del riesgo en una determinada actuación humana, en un proceso de concretización del riesgo, antes abstracto e indiferente.

Aún, en cuanto a la dificultad para la caracterización de los limites socio-estructurales del riesgo permitido, además de la intrínseca necesidad de aplicación metodológica multidisciplinaria, se verifica que la conveniencia social del riesgo tolerado, sea por cuestiones económicas o culturales, resulta de la sedimentación histórica de los valores y símbolos que cristalizan una relativa 'consciencia colectiva' a respecto de las actividades humanas esenciales o indispensables.

El riesgo permitido se relaciona con la lenta formación de los valores colectivos, variables en el tiempo y en el espacio, que resultan de los procesos de comunicación intersubjetivos, sea por la tradición, religión, educación, cultura, y por la sedimentación pragmática del cotidiano político e histórico.

Desde la confección de la ley penal en el ámbito del poder legislativo es necesaria la utilización de criterios científicos multidisciplinares, por cuanto la sociedad brasileña resulta de la multiculturalidad, que de cierta forma implica en la diversidad de valores y símbolos que varían de una región a otra, como en la existencia de varias naciones bajo el mismo Estado, todas dotadas de la misma dignidad y carentes del mismo respecto. Ya hubo un tiempo en que la ley penal fue utilizada en nuestro Estado para reprimir las manifestaciones culturales de los negros africanos. Tal formulación legislativa es inaceptable e inconstitucional. De la misma forma que el Curanderismo indígena se encuentra respaldado en la protección constitucional de los Pueblos Indígenas, tratándose tal hecho de conducta atípica. No es este el papel del Derecho Penal-Constitucional.

Históricamente, no se puede ver la Sociedad brasileña como planificada y uniforme. Además, con el surgimiento de la propiedad privada, se creó una difusa cisión entre hombres propietarios y trabajadores desposeídos. Por lo tanto, la formación de los valores colectivos se hace de una situación conflictiva y contradictoria, y el Estado, con todo su poder y funciones, no está arriba de este conflicto, de modo que no puede ser a ella indiferente.

3.2.2. *El princípio de la confianza*

Se trata de principio desarrollado por la doctrina cuyo objetivo práctico es la delimitación de la culpa y la configuración del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos, en los cuales se presenta una acentuada división del trabajo en el desenrollar de la causalidad normativa.

Cuando se habla aquí de la *división del trabajo*, esta debe ser considerada apenas como división mecánica de las tareas que componen un acontecimiento mayor y fragmentado, que eventualmente puede redundar en un hecho típico. Por lo tanto, no se refiere a aquella noción de división del trabajo que fundamenta la vivencia humana en sociedad, como concepto orgánico, generador de la interdependencia social, de la conducta gregaria del hombre y de la existencia fenomenológica del propio derecho. Así, es mejor utilizar el término *división de tareas* para dejar claro su aspecto mecánico, y de aplicación *strito sensu*, y para evitar confusión con el concepto ya consagrado en la Sociología de la división del trabajo orgánica.

Esa *división de tareas* que promueve el Principio de la Confianza es mecánica no sentido de representar un impulso y un desdoblamiento del avance tecnológico, pues, en la sociedad masificada contemporánea, en cuanto más se dividen los quehaceres y procesos creativos industriales, más avanzan los conocimientos tecnológicos en frente de la especialización humana. Lo que hace de efecto negativo en este sistema es la perdida de la capacidad de entendimiento de los procesos productivos completos (alienación psicológica) y la pérdida del dominio material sobre el desdoblamiento concreto del hecho (alienación material).

De la pérdida del dominio material sobre el desdoblamiento concreto del hecho, surge la necesaria confianza de que los otros sujetos involucrados en el desarrollo fático, actúen en los limites normatizados y objetivados de acción individual, para el debido funcionamiento del engranaje.

Así, el Principio de la Confianza fue teleológicamente concebido para la estimación de exclusión de imputación penal en frente de la conducta del agente que, actuando dentro del riesgo permitido o de su papel social estereotipado, no responde por la culpa o dolo de tercero, aunque involucrados en una conducta social fragmentada, que se fundamenta en la confianza recíproca de los sujetos.

Aunque haya sido gestado a partir de los delitos culposos de tránsito, la doctrina es unánime en verificar su aplicación también en la actuación de equipos médicos, en frente de su acentuada división de tarea especializada.

Por el principio de la confianza, el sujeto es responsable apenas por la parte o fragmento que le cabe en el total del hecho, debiendo cada uno de los involucrados en este procedimiento responsabilizarse por su acto-fragmento, de modo que el vínculo que los une es la confianza recíproca en consonancia con la responsabilidad propia y particular. Como bien resalta el profesor DAMÁSIO, "el riesgo de ciertos comportamientos no depende solamente de nosotros sino también de los otros ciudadanos". [199]

Por cuenta de esa perspectiva de división de tareas, el motorista *confía* que otro viniendo en dirección contraria no invadirá su pista de rodamiento, bien cómo, que el pedestre no intentará atravesarla inopinadamente, en la frente de su automóvil aún en movimiento. El propietario del automóvil lo presta *confiando* que el motorista no lo guiará embriagado. De la misma forma, el médico cirujano *confía* en el trabajo del anestesista, bien como en la enfermera y en la esterilización de sus equipamientos. En todos estos casos, al motorista no será imputado delito derivado de la invasión de la pista de rodamiento por el otro vehículo, o del pedestre que la atraviesa repentinamente, o por la embriaguez del sujeto que tomo el automóvil prestado. En cuanto al médico, no le será imputado delito derivado de error del anestesista, de la enfermera o de los materiales no esterilizados por quien tenga el deber de hacerlo, aunque, bajo la perspectiva de la causalidad naturalista, haya contribuido para la producción del resultado.

Como acertadamente enseña el profesor FÁBIO ROBERTO D'ÁVILA, el principio de la confianza no debe ser visto apenas como un desdoblamiento del riesgo permitido o de la prohibición de regreso, pues "consiste, de manera general, en la afirmación de que toda persona puede suponer que los demás, desde que por señales especiales no indiquen lo contrario, respetarán las normas reglamentares, (...)". [200]

[199] JESUS, Damásio Evangelista de. "Imputação Objetiva". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.46.

[200] D'AVILA. Fábio Roberto. "Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva". San Pablo - SP: RT. 2001. p.52.

Siguiendo este entendimiento, se puede ponderar que, del mismo modo que el riesgo permitido, el principio de la confianza es un fenómeno estructural de la sociedad contemporánea, por cuenta de la acentuada división de las tareas sociales cotidianas que marcan el elevado nivel hodierno de especialización de la actividad humana, cuyo único sentido de operatividad se establece en la confianza recíproca de los ciudadanos. Este también es el posicionamiento de Jakobs, cuando asegura que "igualmente a lo que ocurre con el riesgo permitido, también el principio de la confianza se manifiesta en todos los ámbitos vitales, puesto que prácticamente en todas las partes cabe encontrar organizaciones en régimen de división de tarea". [201]

En este sentido, el principio de la confianza fundamenta la propia noción del *deber objetivo de cuidado* o la *previsibilidad objetiva* en el delito culposo, como un concepto normativo social, no como una evaluación subjetiva del hombre eventualmente involucrado en un evento delictivo. El deber de cuidado se establece a través del substrato normativo que reglamenta la actuación social, por cuanto no se trata apenas de una deliberación individual, notoriamente por el hecho del sujeto que se conduce correctamente confiar también en el comportamiento adecuado de otro, presuponiendo una situación normatizada. Así, como acertadamente pondera Welzel, "este criterio de la *previsibilidad objetiva* es idéntico al de la causalidad adecuada". [202]

El concepto de cuidado necesario en el tráfico es un concepto *objetivo* y *normativo*. Para la determinación de su contenido, no tiene importancia cual sea el cuidado que haya observado o que haya podido observar el autor, pero apenas cual sería el cuidado "necesario en el tráfico"; tampoco sirve de pauta el cuidado que se *observa*, de hecho, en el tráfico, sino lo que sería *necesario*. [203]

Esa previsibilidad objetiva derivada de un padrón de conducta socialmente configurado es un elemento normativo constitutivo del tipo penal culposo, por lo tanto, quien actúa basado en el principio de la confianza práctica acto atípico.

[201] Jakobs, Günther. "A Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução de André Luís Callegari. San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2000. p.27.

[202] Welzel, Hans. "O Novo Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luiz Regis Prado. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2001. p.78.

[203] *Idem, Ibidem.*

Entre mentes, no es solo en los delitos culposos de tránsito o en los casos de fragmentación de la actividad profesional que se aplica el principio de la confianza, se verifica también que el mismo actúa como fundamento del deber objetivo de cuidado en el crimen de receptación culposa, como se puede observar en el tipo penal del §3º del art.180 del CP brasileño:

Código Penal.

Art.180, §3º. Adquirir o recibir cosa que, por su naturaleza, o por la desproporción entre el valor y el precio, o por la condición de quien la ofrece, debe presumirse obtenida por medio criminoso:

Pena - detención, de 1 (un) mes a 1(un) año, o multa, o ambas penas. [204]

En la receptación culposa, el fundamento del deber objetivo de cuidado, se basa en el principio de la confianza, pues la conducta será atípica si, el transmitente del *object delict* no posee conducta social que permita la presunción de ser un criminoso, bien como si la *res* fuera bien cambiable ofertado por un precio razonable. Si el adquirente del *object sceleris* actúa según el principio da confianza, objetivado normativamente en los términos del tipo penal en cuestión, su conducta será un indiferente penal.

Así mismo, siguiendo ese entendimiento a respecto del delito de receptación culposa, no asiste razón a la observación formulada por el profesor MIRABETE, según el cual, “quien adquiere alguna cosa debe tener la certeza de su origen legítimo, una vez que los negocios jurídicos deben ser efectuados en condiciones normales”. [205]

Exigir la certeza del origen legítimo de la cosa, en esta hipótesis, es exigir del adquirente un conocimiento absoluto que no está a su alcance, pues quien le ofrece el bien, desea venderlo, y por lo tanto, actuará primordialmente en el sentido de ocultar su posible origen ilegal. Además, en la teoría de los negocios jurídicos reina ampliamente la defensa del Principio de la Buena-Fe (*bona fides*), pues, según la legislación privada patria, quien actúa de buena fe merece la protección del derecho, no la punición. Al final, se presume que el hombre actúa siempre de buena-fe, hasta que se pruebe lo contrario (*Bonus quilibet praesumitur*).

[204] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

[205] MIRABETE, Júlio Fabbrini. “Manual de Direito Penal”. Parte Especial.vol.02. San Pablo: Atlas. 2001. p. 359.

La certeza de origen lícita de la cosa, en el caso en examen, vuelve imposible la existencia de la receptación en la modalidad culposa, pues si es esencial que el adquirente del bien conozca la mácula de su ilicitud originaria, el crimen solo será posible en su modalidad dolosa.

De esta forma, ex surgen como fundamentos del principio de la confianza, la previsibilidad objetiva del comportamiento ajeno conforme la adecuación social, y la expectativa de que este comportamiento sea llevado a efecto.

3.2.3. *La condición de la víctima en el delito*

Que no hay delito sin un sujeto pasivo, es una observación que no produce divergencia en la ciencia del derecho penal. Entre mentes, otra situación de este hecho inquietante y sin solución que se presente ampliamente uniforme, es saber quién realmente es la víctima del crimen.

La doctrina del derecho penal, en cuanto a la identificación del sujeto pasivo del delito, ahora lo identifica como siendo el Estado, al Sociedad y el individuo exclusivamente, o aún acepta la combinación de esos entes para exponer una situación de complejidad victimológica que abre la posibilidad de clasificación doctrinaria del delito según criterios de concurrencia de sujetos pasivos.

En este menester, contribuye mucho para el establecimiento de la víctima en el injusto, el propio concepto que se tiene de crimen, pues en frente de la posibilidad de su conceptuación que puede ser *formal* y *material*, se puede atribuir a aquella calidad a un ente u otro de los arriba enumerados.

Al considerarse el concepto formal de crimen (noción formal y *ex ante*), donde se sobrepone el mismo en cuanto desobediencia al comando estatal, el Estado será siempre un sujeto pasivo del crimen, aislado o acumulativamente con un individuo, o con la Sociedad. Esta perspectiva formal es la aceptada por Enrico Ferri, uno de los mayores exponentes de la llamada escuela positivista del derecho penal, en los siguientes términos:

Hay, por lo tanto, un sujeto pasivo jurídicamente formal en todo el delito, por el único hecho de este se haber practicado, independientemente de sus consecuencias y es el Estado, del cual el delincuente despreció y violó el precepto legal la respectiva

sanción, dando así, "un mal ejemplo" y produciendo una alarma social (temor en los honestos, audacia en los malhechores). [206]

Esta perspectiva formal de crimen es hodiernamente combativa en frente de haber posibilitado la arbitraria explosión inflacionaria de la legislación penal, pues siendo el delito esencialmente una desobediencia al precepto estatal, se prescinde para la formulación legal del tipo penal, bien como para su concretización en el hecho típico, la ocurrencia de un daño o de un peligro concreto, habiendo actualmente delitos previstos en ley, sin resultado alguno, o aún que presuponen un bien jurídico tan abstracto que no es pasible de agresión. En suma, la concepción puramente formal del crimen declara contra el Estado Democrático de Derecho. En las palabras del profesor LUIZ FLÁVIO GOMES, para justificar la protección penal, "el bien jurídico debe ser capaz de ser lesionado o puesto en peligro concreto", como corolario del Principio del *nullum crimem sine injuria.* [207]

En sentido contrario al formalista/positivista, se pregona el concepto material del crimen (noción material y *ex post*), según el cual, el injusto es un acontecimiento lesivo a un bien jurídico indispensable a la Sociedad, por lo tanto, esta es que será siempre el sujeto pasivo, aislado o acumulativamente con un individuo, o con el Estado. Como el bien jurídico es un valor social indispensable, su agresión implica en la práctica de lo socialmente inadecuado. En la sobria lección del profesor FERNANDO CAPEZ, se resume que el concepto material de delito guarda perfecta armonía con el Estado Democrático de Derecho, por cuanto este no es "solamente aquel que impone la sumisión de todos al imperio de la ley, sino en el cual las leyes poseen contenido y adecuación social, describiendo como infracciones penales apenas los hechos que realmente colocan en peligro bienes jurídicos fundamentales para la sociedad". [208]

Siguiendo aún una dirección ampliativa y consensual, se puede conceptuar el crimen en su aspecto total (formal y material), de forma que tanto el Estado como la Sociedad estarán siempre ocupando una posición de víctimas concurrentes del delito, sea el vago

[206] FERRI, Enrico. "Princípios de Direito Criminal". 2ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas - SP: Bookseller. 1999. p.370.

[207] GOMES, Luiz Flávio. "Norma e Bem Jurídico no Direito Penal". San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2002. p.125.

[208] CAPEZ, Fernando. "Curso de Direito Penal: Parte Geral". 2ªed. San Pablo - SP: Saraiva. 2001. p.09.

o no. Los bienes jurídicos son esencialmente fenómenos sociales, cabiendo al Estado la obligación de protegerlos contra los ataques relevantes y socialmente desaprobados.

Se resalta primero, en complemento a la cuestión victimológica, que Sociedad y Estado no son sinónimos, siendo esta la mayor lección de la revolución liberal inglesa, la cual se constituye en uno de los grandes paradigmas políticos de la modernidad. Véase que, en determinados momentos de la historia, el Estado (en cuanto poder organizado y aparato de control) se destina contra la propia Sociedad, como en los casos de tiranía o de las dictaduras militares que asolaron la América Latina en el siglo pasado.

Merece aún un poco de atención el hecho de que, al considerarse que el medio ambiente es un bien jurídico constitucional perteneciente a toda la Sociedad, en frente de la titularidad *diffusa in omnis*, tanto pueden ser sus agresores las personas físicas, como jurídicas de derecho privado como personas jurídicas de derecho público, no obstante estas últimas no pueden ser responsabilizadas criminalmente, apenas en la esfera civil, sea por la imposición de actividad preventiva o reparadora.

Con todo, en la actualidad, es prácticamente una unanimidad entre los penalistas, la consideración de la noción de víctima según la conceptuación *material* de crimen, esencialmente en virtud de la titularidad del bien jurídico ofendido por la conducta criminosa. Por lo tanto, la víctima del delito es el titular del bien jurídico agredido por la conducta criminosa.

La titularidad del bien jurídico es quien otorga el significado de víctima para el derecho penal, no incluyéndose en ese concepto el sujeto que sufre eventuales y secundarios prejuicios financieros derivados del daño. Como bien asienta FREDERICO MARQUES, la distinción entre víctima y tercero perjudicado tiene relevancia para el derecho, principalmente para el derecho civil y la indemnización derivada del crimen, pues "las pretensiones del derecho civil sobre la indemnización *ex delito* también tiene, en el perjudicado, a persona activamente legitimada para reclamar, en juicio, el resarcimiento de esos daños." [209]

[209] MARQUES, José Frederico. "Tratado de Direito Penal". Vol.II. 1ª ed. revista e ampliada por Antonio C. Mariz de Oliveira, Guilherme de S. Nucci e Sérgio Eduardo M. de Alvarenga. Campinas - SP: Bookseller. 1997. p.47.

No siendo el caso de delito vago, o sea, más específicamente, existiendo en el polo pasivo del desdoblamiento material delictivo, un individuo, un ente humano, es de suma importancia para la configuración del hecho típico su comportamiento, bien como sus eventuales cualidades especiales, sean fisiológicas o psíquicas, en el proceso de comunicación con el autor del crimen.

Al paso en que existe para los ciudadanos en general el deber de no agresión a los bienes jurídicos ajenos, por la no interferencia dañosa en el ámbito de configuración individual del hombre en sociedad, para esos mismos sujetos existe el concomitante deber de protección de sus bienes jurídicos propios, el deber de autoprotección. Ambos parámetros comportamentales, de no agresión y de autoprotección, son socialmente estructurales y otorgan el substrato valorativo sobre el cual se sustenta la necesidad urgente del derecho penal, para la contención de lo socialmente inadecuado.

En primer plano, cabe verificar *in concreto* que muchos delitos ocurren y se estructuran factualmente con la colaboración efectiva e indispensable de la propia víctima que, rompiendo con el deber jurídico de autoprotección, expone sus bienes a la agresión, concurriendo para el resultado delictivo. Tanto puede ocurrir que la víctima consienta la agresión, como también, puede acontecer que la víctima concurra materialmente para el acontecimiento. Por lo tanto, la víctima tanto puede romper con el deber jurídico de autoprotección a través del consentimiento como también por la práctica de '*acción a propio riesgo*', como actualmente denomina la doctrina.

Es importante resaltar que vivir en sociedad es consentir, cotidianamente, que los bienes jurídicos sean puestos en peligro. No sería posible la configuración social actual, marcada por la fragmentación de las actividades y por el avance de la técnica, sin que los hombres confiasen y consintiesen, unos a los otros, la conducción de bienes jurídicos propios dentro de los límites de lo socialmente adecuado, esto es, dentro del riesgo permitido. Así, cuando una persona utiliza, *ad exemplum*, un transporte colectivo, sea ómnibus, tren, navío o avión está consintiendo que su bien jurídico 'vida' sea puesto en riesgo, dentro de los parámetros intrínsecos de la propia actividad socialmente necesaria y adecuada. En conclusión, hay un estructural consentimiento de riesgo en la sociedad.

Así, en frente de la asunción de los bienes jurídicos ajenos, surge para el conductor el ***deber jurídico de dominio del hecho arriesgado***. Quien desarrolla una actividad socialmente

adecuada pero arriesgada para bienes jurídicos ajenos, tiene el deber jurídico de realizar la manutención de esos bienes en los límites del riesgo aceptado. Como se resume de la doctrina de Jakobs, dentro de los límites del riesgo permitido existe el '*deber de aseguramiento*' del ámbito de configuración de terceros, en sus signos: "A cada uno compete, en virtud de su *status* general, esto es, como sinalgia de su derecho de organización, garantizar que, en el contrato con una organización ajena, la propia tenga una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido". Junto al consentimiento estructural de exposición de los bienes jurídicos propios a riesgo, en frente de la conducción de tercero, surge para este, el correspondiente y fundado 'deber de aseguramiento', tan diseminado socialmente como aquel, en la misma intensidad. [210]

En este sentido, este consentimiento estructural exige del conductor, que asume la responsabilidad de conducción o 'deber de aseguramiento', que se porte en los límites de la adecuación social de la conducta, de modo que, ocurriendo eventualmente un resultado lesivo, en esa hipótesis, habrá atipicidad. De otro lado, a partir del momento en que el conductor asume el encargo y ultrapasa los límites de lo aceptable, practicará un comportamiento típico, desde que verificada la creación del peligro concreto relevante o daño al bien jurídico de tercero. Como también enseña Jakobs, al romper el riesgo permitido surge para el conductor el "deber de salvamiento". [211]

Por lo tanto, el consentimiento del ofendido no es causa de atipicidad solamente cuando su disenso es elemento explícito constitutivo del tipo penal (como en el art.150 del CP brasileño), pues hay también atipicidad derivada del fenómeno socio estructural arriba expuesto, en cuando al agente, no obstante obligado al "deber de aseguramiento", conduce los bienes jurídicos ajenos en los límites del riesgo permitido. En ese camino que reconoce mayor amplitud al consentimiento del ofendido, también es el posicionamiento de Fábio Roberto D'Ávila, según el cual el consentimiento del ofendido se puede presentar en "tres situaciones bien distintas:

[210] Jakobs, Günther. "Ação e Omissão no Direito Penal". Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri - SP: Manole. 2003. p.38.

[211] Jakobs, Günther. "*Ação e Omissão no ...*", p.42.

acuerdo excluyente del tipo, consentimiento excluyente del tipo y consentimiento excluyente de la ilicitud". [212]

En la lección del profesor D'ÁVILA, al paso en que el consentimiento se refiere a la disponibilidad del bien jurídico, otra es la situación cuando ocurre el "acuerdo excluyente del tipo", *in verbis*:

Habrá acuerdo excluyente del tipo cuando se trate del abandono de un bien fundado en la voluntad libre y digna de respeto, en que el efecto del acuerdo derivado del contenido de la libre discrecionalidad. Ocurrirá, también, cuando se quiere una situación en la cual pertenece, necesariamente, el abandono del bien (especie de consentimiento excluyente del tipo). [213]

En esencia, junto de esta propuesta de distinción doctrinaria entre 'acuerdo excluyente del tipo' y 'consentimiento excluyente del tipo', no hay diferencia entre uno y otro. Ambos envuelven acto de disposición legítimo, bilateralidad, y la consecuente exclusión del tipo penal incriminador por la adecuación social.

Cuando el conductor del bien jurídico ajeno rompe con los límites del riesgo permitido (en cuanto límite del consentimiento), entrando el campo de lo prohibido sin la manifestación de voluntad del titular, su imputación penal se vuelve patente, inexorablemente.

Puede acontecer, en otra perspectiva, que el conductor del bien jurídico ajeno ultrapase con el consentimiento de su titular, los límites del riesgo permitido (a doctrina llama a esta hipótesis de heterocolocación en peligro). En esta hipótesis, mismo con el consentimiento del eventual ofendido, nace para el conductor el deber de garantizar la utilización de recursos suficientes de prevención o de rescate del *status quo* de la integridad del bien jurídico del otro. Como asegura ROXIN, "el deber general de cuidado está siempre violado, en virtud de la peligrosidad del comportamiento, superadora del riesgo permitido". [214]

[212] D'AVILA. Fábio Roberto. "Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva". San Pablo - SP: RT. 2001. p.69.

[213] *Idem, Ibidem.*

[214] ROXIN, Claus. "Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução e introdução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.369. En otro pasaje de la misma obra, Roxin conceptúa la *'heterocolocación en peligro consentida'*, aceptando que en los presentes casos, "no es la propia persona quien se coloca dolosamente en peligro, sin se deja colocar en peligro por otro, teniendo consciencia del riesgo". (*Op.Cit.*, p.367).

En verdad, la ***legitimidad*** de la manifestación de voluntad del titular del bien jurídico en el sentido de autorizar la disposición del mismo, depende de la capacidad jurídica para consentir del titular (titular del objeto material), de la libertad con que lo hace concretamente (voluntariedad) y de la posibilidad jurídica de disposición del bien.

En sede de riesgo permitido, aquel consentimiento estructural en la sociedad no necesita ser expreso, pues se resume de lo que se encuentra socialmente normatizado. Por otro lado, en los casos de la acción se configura como riesgo prohibido (comportamiento social inadecuado), el consentimiento de la víctima debe ser expreso y específico, para que se pueda obtener una posible causa de exclusión de la imputación objetiva lo tercero autorizado. Sin que la víctima haya manifestado su asentimiento legítimamente, de forma clara y directa, innegablemente, el causante de la lesión o del peligro concreto, responderá por estos.

Si, por ausencia de cualquiera de los requisitos de legitimidad del consentimiento, el agente coloca en riesgo prohibido el bien jurídico ajeno, responderá por el peligro concreto o daño.

La cuestión se vuelve más interesante cuando se observa que el consentimiento legítimo de la víctima, en la inmensa mayoría de los casos prácticos, se refiere apenas a la creación de un riesgo, no a la asunción de un eventual resultado lesivo, o sea, existe el consentimiento de auto colocación en peligro, como también existe el consentimiento de lesión al bien jurídico propio, siendo categorías diferentes en frente del alcance del *consilii*. Si la víctima vislumbraba apenas una situación fática de riesgo, cuando autorizo el agente a ultrapasar el riesgo permitido, la cuestión que se coloca para resolución es la de saber si el resultado lesivo no autorizado será imputado al agente.

Si el consentimiento es legítimo (capacidad-libertad-disponibilidad) no habrá imputación del resultado lesivo al tercero autorizado, sea la acción dolosa o culposa. Si la acción está lejos de los límites del riesgo permitido, la acción será atípica. Por otro lado, si el agente actuó más allá del riesgo permitido, o sea, si la acción es típica, el consentimiento actuará como causa supralegal excluyente de ilicitud. Por lo tanto, el consentimiento del ofendido actúa ahora como causa excluyente de tipicidad, ahora como causa excluyente de ilicitud.

En los delitos culposos, mismo tratándose de agresión de bien jurídico indisponible, el consentimiento de la víctima, necesariamente expreso y específico, para su colocación en peligro ya en el riesgo prohibido, actuará como causa supralegal excluyente de ilicitud, pues, no obstante la conducta sea típica por la inadecuación social, en los delitos culposos la imputación objetiva se vuelva mucho más para la reprobación de la conducta, por la no observancia del deber objetivo de cuidado, que del resultado como criterio para la evaluación normativa de la gravedad ofensiva de la lesión al bien, de forma que, el consentimiento del ofendido autorizó el riesgo que reside y fundamenta la conducta llevada a efecto, alejando la imputación.

Así, ya en sede de '*acción a propio riesgo*', esto es, cuando la víctima no solo consiente el hecho sino participa efectivamente del mismo, no perece correcto que el fallecimiento de uno de los participantes de 'rachas' en las calles, sea imputado a los otros partícipes como homicidio culposo, menos aún, como doloso. La víctima al guiar su automóvil en la aventura ilícita, en esta hipótesis, asumió todos los peligros consecuentes de la 'acción a propio riesgo', rompiendo por sus actos el riesgo permitido, a través de la auto-exposición al daño. A los compañeros de 'carrera' solamente se podrá imputar el propio hecho de la dirección peligrosa, desde que sea configurado el peligro concreto.

Esa propuesta de presentación del consentimiento del ofendido como categoría autónoma frente a la 'acción a propio riesgo', como si fuese dos modalidades distintas del mismo fenómeno genérico (comportamiento de la víctima), no es unánime entre la doctrina, por cuanto ambas se presentan esencialmente como la misma actuación penalmente relevante del sujeto pasivo del delito. Así es que el profesor JAKOBS las incluye bajo el mismo concepto de 'acción a propio riesgo', según el cual, las mismas son "hipótesis en que, por lo tanto, la modalidad de explicación no es la *fatalidad*, sino la *lesión de un deber de autoprotección* o inclusive la *propia voluntad*." [215]

Se abre entonces la posibilidad de verificación del ***significado de la conducta de la víctima*** concurrentemente con el significado de la conducta del autor. Lo que caracteriza la conducta delictiva del agente, como ya fue observado anteriormente, no es su simple movimiento corporal, sino el significado de su actuación

[215] JAKOBS, Günther. "*A Imputação Objetiva no ...*". p.30

en cuanto incumplimiento del deber de no agresión. Por lo tanto, el comportamiento de la víctima, penalmente relevante por romper el riesgo permitido en la exposición de sus bienes a peligro, sea por el simple consentimiento o por la acción efectiva, porta también el significado de rompimiento del deber jurídico de autoprotección.

La condición de la víctima en el delito, bajo esos dos prismas, sea a través del consentimiento o por la "acción a propio riesgo", presenta una infinidad de conjunto de casos, o de múltiples posibilidades de formulación hipotética, que dificulta de sobremanera su propuesta metodológica de actuación como criterio general de la teoría de la imputación objetiva. El comportamiento de la víctima en el delito solamente puede ser evaluado penalmente en cada caso concreto (en cuanto a esto no hay disenso doctrinario), evidentemente con el auxilio de los fundamentos de la imputación objetiva (riesgo permitido, principio de la confianza, etc....).

Obsérvese el trabajo del profesor DAMÁSIO que, luego del estudio amplio y profundo de la imputación objetiva, en las doctrinas nacional y extranjera, resumió en cinco hipótesis la 'acción a propio riesgo' de la víctima, *in verbis*:

1ª) participación en hecho que expone la víctima a su propio riesgo;

2ª) consentimiento en acción realizada por tercero que expone a riesgo el propio consenciente;

3ª) conductas peligrosas de salvamiento;

4ª) creación de nueva relación de riesgo por parte de la víctima al violar sus deberes de protección propia;

5ª) conducta posterior de un sujeto que, en frente de un comportamiento anterior del autor, puede ser lesiva a sus propios bienes. [216]

Para cada conjunto de casos arriba propuesto, existe la posibilidad de realización de extensa obra doctrinaria (dando más atención a la conducta de la víctima, a la del propio autor, a la importancia del bien jurídico agredido o al hecho desarrollado), y así mismo, no se agotará su totalidad de formulación hipotética (juicios hipotéticos tienden al infinito).

Por lo tanto, no obstante, al tratarse de materia que exige de la doctrina científica del derecho penal la identificación fenomenológica

[216] JESUS, Damásio Evangelista de. "Imputação Objetiva". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.56.

de sus trazos generalas para fijar el mínimo de posición sistemática, con todo, por ser cuestión de tópica en gran difusión la problematización de sus variables hasta las últimas consecuencias se puede mostrar ilusoria e innecesaria. Las cuestiones de derecho penal que se manifiestan en excesiva fragmentación fática e hipotética, reclaman de la doctrina apenas la identificación de su posición sistemática y de sus elementos esenciales conformadores. La resolución fática difusa, partiendo del trabajo doctrinario sistemático, habrá de ser llevada a efecto por otra fuente del derecho: la jurisprudencia. Este sí, resolviendo casos concretos (no apenas hipotéticos), podrá otorgar a la doctrina más elementos de investigación, para la maduración constante de los paradigmas viables del consentimiento del ofendido y de su 'acción a propio riesgo'.

En última instancia, la '*heterocolocación en peligro consentida*' y la '*acción a propio riesgo*', apuntan para el debate de la validad del propio método que viene siendo aplicado en el derecho penal, si el científico se debe atener apenas al método sistemático o se debe adoptar el método tópico (también conocido como método problemático). Ciertamente, verificándose, no obstante que, en primer plano el método representa la propia libertad de investigación científica, cualquier posicionamiento ortodoxo entre lo sistemático y lo tópico, será equivocado y perjudicará el resultado final de la proposición teórica.

El pensamiento sistemático llevado a las últimas instancias, finaliza por mudar en abstracción peligrosa y vacía para el derecho penal, por otro lado, la tópica extremada puede romper la necesaria previsibilidad del paradigma penal y sus criterios valorativos homogéneos. Resumidamente, esta discusión metodológica no se funda en los métodos en sí, sino en su utilización extremada, lo que recomienda la construcción de una vía equitativa y conciliatoria. Excelente oportunidad para la observación del paradigma de la *entropía* en las ciencias de la naturaleza.

Esencialmente, aquella pluralidad infinita de hipótesis de 'acción a propio riesgo', no debe ser llevada a efecto, por lo tanto, deriva de un equívoco metodológico, por fundamentarse en una visión del dogma causal y del movimiento corporal de la víctima. La posibilidad pasible de colocación de la 'acción a propio riesgo' en el sistema jurídico penal, reside esencialmente en el descubrimiento del significado de la actuación penalmente relevante del sujeto pasivo del delito, que es el *incumplimiento del deber jurídico de autoprotección*.

En ambas posibilidades de actuación de la víctima en el delito, se puede entre mentes, verificar la ***legitimidad*** de la manifestación del titular del bien jurídico agredido, en el sentido de consentimiento y disposición de este último, dependiendo siempre de su capacidad jurídica para consentir (titular del objeto material), de la libertad con que lo hace concretamente y de la posibilidad jurídica de disposición del bien.

Este criterio de legitimidad de actuación de la víctima, en conjunto con el principio del riesgo (*incumplimiento del deber jurídico de autoprotección*), pueden proporcionar para la "heterocolocación en peligro consentida" y la "acción a propio riesgo" una posición sistemática dentro del derecho penal, para una evaluación racional del hecho concreto por los tribunales. Los problemas tópicos de gran difusión, se muestran pasibles en frente de los hechos concretos y, se destinarán para reanimar la doctrina jurídica.

3.3. ***La conducta delictiva caótica***

Nada asusta más a la doctrina 'tradicional' del derecho que la verificación de un sistema caótico en el mundo jurídico, este aún tan apegado a las certezas del Paradigma Científico de la Edad Moderna, y víctima de una exacerbada repulsión a la sensación de inseguridad psicológica y política.

Con todo, esta perspectiva científica asombrosa se funda exclusivamente en preconceptos que, aunque ya superados por la Epistemología Pos-Moderna, se presentan como ideas pre-concebidas que generan una repulsión pre-ordenada en el científico jurídico en cuanto a los datos no lineares que, vuelta y media, se manifiestan en los sistemas de derecho. El deseo ardiente de linealidad de los sistemas tiene impedido a los juristas de ponderar (lo que también debería ser hecho obstinadamente), sobre la jerga popular según el cual, "toda regla tiene excepción", legítima concepción del *sensus communis* en cuanto al Caos.

Para la ciencia actual, el Caso es representado por la no linealidad de los sistemas y por la inexistencia de la constancia universal propagada por el paradigma de otrora, con todo, aún hoy, para el derecho, el Caos es sinónimo de desorden generalizada o de un amontonado de proposiciones que no poseen una finalidad, siendo esta proposición equivocada. Se trata de un descompás fundado en

el anacronismo, en la pasión por el pensamiento jurídico-positivista del siglo XIX.

La acción delictiva, como concepto ontológico, es, y siempre fue, un mecanismo que se desarrolla por la no-linealidad, habiendo un abanico de desdoblamientos alternativos que se fundan en la probabilidad de configuración del acontecimiento o de producción de resultado que, al ser objeto de incidencia de la norma represiva, cobra del sistema de derecho jurídico-penal la absorción de esas mismas posibilidades, la construcción de figuras típicas e institutos jurídicos teleológicamente concebidos para la realización de tareas restrictas o específicas, y la cobertura de los datos aleatorios de la conducta.

Así, la aleatoriedad del mundo de los hechos reclama e impone al sistema jurídico-penal el desarrollo de elementos normativos que reproduzcan esa misma no-linealidad en el ámbito de la juridicidad. De esta forma, cuando el sistema jurídico de derecho penal, por no ser un sistema aislado, se comunica con un ámbito social repleto de sinuosidad, se ve con la necesidad intrínseca de reproducir esa característica del mundo fático, para normatizarlo adecuadamente. En ese sentido, *ex radice* y *ex catedra*, es la actualizada lección del profesor FÁBIO ROBERTO D'ÀVILA, cuando acepta que:

Se paso a percibir, en el contexto de esa Teoría del Caos, que el Derecho no es una ciencia linear, sino, al contrario, al leer un mundo irregular, tendría necesariamente que dar margen a la peculiar disidencia de la regularidad. [217]

La propia causalidad naturalista no es linear, razón por la cual, una multiplicidad de teorías de la acción y del nexo causal se sucederán en la tentativa de ofrecer una respuesta definitiva para la problemática, con todo, fallaron por partir del presupuesto del sistema aislado, armónico y sin crises esenciales, admitiéndose apenas crisis calificadas por la doctrina como "aparentes".

Con efecto, esas observaciones iniciales que representan la crisis del paradigma causal determinista como fundamento para la determinación de los límites de la conducta criminosa, y consecuentemente para la imputación penal, es de ponderarse, no que se propone en este capítulo, que, cuando se está fijando los contornos de actuación humana, se debe observar que esta se presenta

[217] D'ÁVILA. Fábio Roberto. "Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva". San Pablo - SP: RT. 2001. p.36.

siempre cargando consigo un elemento de aleatoriedad, de no-linealidad, que permite a la Filosofía de la Física del Derecho Penal la afirmación de que la conducta delictiva es caótica (no-linealidad).

No se trata apenas de la imposibilidad de catalogación de la multiplicidad de comportamientos que el hombre puede desarrollar en sociedad, sea unitariamente o en conjunto con los otros sujetos en una división mecanicista de la actividad social, lo que equivaldría a una investigación sociológica de la conducta delictiva, lo que, de cierta forma, viene siendo objeto de ponderación desde Beccaria, cuando reconoció en sus estudios la presencia del elemento caótico en los sistemas sociales y naturales, *in verbis*:

No es posible someter la actividad tumultuosa de una masa de ciudadanos a un orden geométrico, que no presente ni irregularidad ni confusión. Aunque las leyes de la naturaleza sean siempre simples y constantes, no impiden que los planetas se desvíen a veces de los movimientos habituales. ¿Cómo podrían, pues, las leyes humanas, en medio al choque de las pasiones y de los sentimientos opuestos del dolor y del placer, impedir que no haya alguna perturbación y algún desarreglo en la sociedad? Es esa, por lo tanto, la quimera de los hombres limitados, cuando tiene algún poder. [218]

Mientras tanto, con poco esfuerzo se puede observar *de lege lata* que el Código Penal tiene en su parte general, notoriamente en cuanto a la Teoría del Crimen, una configuración estructural destinada para regular normativamente la aleatoriedad de la conducta *in concreto*, cuando se presente relevante para la incidencia de la norma penal reguladora.

Desde la Teoría Finalista de la Acción de Welzel, de matriz fenomenológica, que la conducta delictiva es comprendida como compuesta de datos objetivos y datos subjetivos, por cuenta de la visión compleja (movimiento-intención) del comportamiento humano, de forma que en ambos los aspectos de ese contexto, es posible que ocurran momentos de crisis o no-linealidad en el desarrollo del *iter criminis*, esto es, entre la representación previa y la realización de la consumación.

Identificados los elementos materiales y subjetivos del comportamiento delictivo, cabe ahora, observar en cada uno de esos, la

[218] Beccaria, Cesare. "Dos Delitos e Das Penas". Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro - RJ: Ediouro. 1994. p.125.

presencia de sus elementos aleatorios y sus respectivos institutos jurídicos creados para su contención y evaluación normativa.

La no-linealidad del aspecto material de la conducta delictiva, en adelante también llamada de *no-linealidad objetiva*, se verifica por datos externos a su desarrollo, o por aspectos internos a la misma.

Se dice que hay ***no-linealidad objetiva externa*** a la conducta, en los casos de tentativa (*conatus*), por cuanto el desarrollo fático de la acción es obliterado antes de alcanzar la consumación, por la interferencia de una causa material exterior. En la lección del profesor ANÍBAL BRUNO, "la tentativa es el crimen que entro en ejecución, pero en su camino para la consumación es interrumpido por circunstancias accidentales". [219]

El Código Penal brasileño positiva en su parte general la concepción de la estructura jurídica de la tentativa y de la consumación en el mismo artículo, como datos que se relacionan y convergen a la evaluación de la conducta humana en frente del alcance de la imputación penal, por ser jurídicamente relevantes para la Teoría del Delito:

Art.14. Se dice el crimen:

I – consumado, cuando en él se reúnen todos los elementos de su definición legal;

II – tentado, cuando, iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. [220]

Es esencial en este momento, registrar advertencia en frente de la tentativa como elemento de no-linealidad objetiva externa a la conducta, por el hecho de la *conatus* no se agota en esta posibilidad, pudiendo también presentarse como factor de no-linealidad objetiva interna (circunstancia relativa accidental interna), cuando hay, *ad exemplum*, falla de los medios empleados en el momento de la ejecución del delito, cuando era posible alcanzar el resultado deseado. Siendo así, la evaluación de la tentativa representa siempre un juicio probabilístico en frente de la posible realización de la consumación.

[219] BRUNO, Aníbal. "Direito Penal: Parte Geral". Tomo II. Rio de Janeiro: Forense. 1978. p.236.

[220] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

Teniendo en vista la Teoría de la Imputación Objetiva, es necesario un debate en sede doctrinaria para observar si la naturaleza jurídica de la tentativa es naturalista o normativa, pues hasta los días actuales, es dominante su entendimiento a partir de su naturalismo.

Para los profesores Zaffaroni & Pierangeli, por ejemplo, la *conatus* se presenta como una "ampliación de la prohibición típica (...), en que nada más se hace que reconocer un concepto óntico, pues la noción de tentativa no es una creación legislativa". [221]

El aspecto óntico de la actuación humana llevada a efecto y dirigida a un bien jurídico penalmente protegido, se forma mismo a través de los elementos mecánicos y psíquicos del comportamiento humano, como algo pre-jurídico que se pone en el mundo de los hechos, dotado de sentido propio. En ese paso es el posicionamiento de René Garraud, al entender que la tentativa es formada por dos elementos y una circunstancia contingente, cuáles sean, "un elemento material, el *comienzo de la ejecución*; un elemento intencional, la *voluntad determinada* de cometer tal crimen; y una circunstancia contingente, la *no retirada* del agente". [222]

En otro sentido, aunque se reconozca que el Código Penal brasileño adopto la llamada 'Teoría Realista' para la configuración de la tentativa (notoriamente como decisión de política criminal), por la exigencia legal expresa en el art.14, II, de la parte general de que sea "iniciada la ejecución", la aplicación exclusiva del aspecto óntico es insuficiente para que el hecho social sea típico e ingrese en el ámbito del sistema jurídico-penal. El comportamiento humano subsumible al paradigma normativo del delito tentado, encarado apenas bajo el aspecto naturalista, es siempre atípico en frente de los tipos penales incriminadores de la parte especial del Código Penal o de la legislación extravagante, pues nunca completa la totalidad de la figura típica (bajo pena de ser crimen consumado), razón por la cual Damásio pondera la necesidad de comunión de dos normas penales distintas para la 'adecuación indirecta' del

[221] Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pierangeli, José Henrique. "Da Tentativa: doutrina e jurisprudência". 6ª ed. São Paulo - SP: RT. 2000. p.16.

[222] Garraud, René. "Compêndio de Direito Criminal". Vol.01. tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN editora. 2003. p.193.

hecho: "una de la Parte General y otra, de carácter incriminador, prevista en la Parte Especial". [223]

Es evidente, que la naturaleza jurídica de la tentativa es esencialmente normativa, como todas las conductas típicas, pues es la norma quien le da el significado de relevancia para el derecho penal, no el simple movimiento corporal y voluntario del agente. La naturaleza jurídica de la tentativa requiere mucho más grado de normatividad que la del crimen consumado, pues su mecánica es siempre atípica, indiferente. Es necesaria a su verificación, la utilización de un recurso extensivo de la norma penal incriminadora que fundamenta el tipo penal, para que esa misma norma pase a encubrir, por ejemplo, la prohibición de "matar" y la prohibición de "intentar matar". Como asegura NELSON HUNGRIA, la tentativa "es la violación incompleta de la misma norma de que el crimen consumando representa violación plena, y la sanción de esa norma, aunque reducida, le es extensiva". [224]

De ahí resulta la tipicidad oblicua (indirecta o mediata) del hecho típico intentado, o sea, comparable mediante recurso extensivo de la norma penal incriminadora que fundamenta el tipo penal.

No se pune la tentativa por la perspectiva naturalística del comportamiento, mientras tanto, "se pune la tentativa por el peligro que acarrea al bien jurídico tutelado", en el decir de HELENO FRAGOSO. Con todo, no se debe olvidar que su naturaleza no se funda en un juicio hipotético-abstracto de eventual lesión al bien jurídico tutelado, pero en la realización del peligro concreto de lesión (*nullum crimem sine injuria*). [225]

Defendiendo la autonomía del delito tentado, GIUSEPPE BETTIOL otorga una completa configuración normativa de la tentativa, de donde se denota que su naturaleza no es naturalística, *in verbis*:

La tentativa tiene una objetividad propia, otorgada por la lesión potencial de un bien jurídico; tiene una estructura propia otorgada por los actos idóneos a la producción de un evento lesivo;

[223] JESUS, Damásio Evangelista de. "Direito Penal". Vol I - Parte Geral. 18ª ed. San Pablo: Saraiva. 1994. p.289.

[224] HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno. "Comentários ao Código Penal". Vol.01. tomo II. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.78.

[225] FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Lições de Direito Penal: a nova parte geral". 10ª ed. Río de Janeiro - RJ: Forense. 1986. p.250.

tiene una sanción propia más mitigada de lo que la prevista para la consumación. [226]

Por lo tanto, son elementos de la tentativa, en cuanto fenómeno de la no-linealidad objetiva externa a la conducta: el inicio de la ejecución material del delito; la interrupción de la acción por circunstancias ajenas al *desideratum* del agente; la no-consumación delictiva; la creación de un riesgo prohibido y relevante, en frente de la idoneidad de la conducta para herir el bien jurídico tutelado por la norma penal incriminadora.

En este último aspecto, es de ponderarse en frente del Garantismo del Derecho Penal-Constitucional que la tentativa presupone un comportamiento finalista idóneo para la consumación del crimen, o sea, que los medios utilizados en la ejecución del delito sean capaces de lesionar el bien jurídico tutelado, sometiéndolo al peligro concreto, y evidentemente, que el propio bien jurídico sea capaz de ser agredido, que no sea demasiado abstracto.

Esta concepción teleológica del crimen tentado, como acción finalista destinada a la agresión de un bien jurídico-penal, rompe con la simple valoración negativa de la acción y pasa a exigir la creación del peligro concreto y fundado al bien tutelado. Con todo, observando la lección de Welzel, se resume una cuestión interesante, que aún no fue debidamente debatida por la doctrina, *in verbis*:

Porque la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto, sino una acción que *apunta* para un resultado previamente electo; consecuentemente, una acción en la cual el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo. ¿Cómo se podría definir de otro modo una tentativa de homicidio, sino como una acción por medio de la cual el autor quiere matar a alguien? Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad, conduce al resultado, no puede variar la función de la voluntad en la acción. [227]

Siguiendo ese entendimiento de Welzel, según el cual, en la tentativa se considera la invariabilidad de la voluntad en la acción que no alcanzo su finalidad, se encuentra, por lo tanto, un *juicio hipotético de linealidad* que liga la acción interrumpida a la finalidad perseguida.

[226] Bettiol, Giuseppe. "Direito Penal". vol. II. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. San Pablo - SP: RT. 1971. p.221.

[227] Welzel, Hans. "O Novo Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luiz Regis Prado. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2001. p.28.

Con todo, saliendo del *juicio hipotético de nivel cero*, para ingresar en el campo no-linear de la ontología, la voluntad en sí, o su contenido, pueden variar, como, por ejemplo, varían en el crimen preterintencional que posee dolo en el inicio de la acción, pero se resuelve en culpa en la producción del resultado final.

Mientras tanto, ese juicio hipotético que liga la acción interrumpida a la *meta optada*, solamente se puede estructurar doctrinariamente, sin representar arbitrariedad, si su naturaleza jurídica fuera de elemento normativo constitutivo del tipo penal, objetivamente establecido en los términos de la Teoría de la Imputación Objetiva.

De manera amplia, en la tentativa, la no consumación del delito se da por la interferencia de elemento externo a la conducta del agente, pero, conforme advertencia retro, puede aún presentase como circunstancia relativa objetiva accidental interna, desde que el juicio probabilístico indique la posibilidad de lesión del bien jurídico tutelado, por la creación de riesgo concreto de lesión (relatividad/probabilidad). Con todo, es siempre una no-linealidad objetiva, ajena al elemento subjetivo de la conducta típica.

Se dice que hay ***no-linealidad objetiva interna*** a la conducta, en los casos en que el desenrollar material de la acción aumentada no alcanza la consumación criminosa por cuenta de un elemento aleatorio referente a los medios empleados o al objeto del delito, por lo tanto, es un sistema de crisis de los elementos objetivos interiores al comportamiento delictivo electo.

Esta no-linealidad objetiva interna, puede ser relativa (tentativa), o absoluta (crimen imposible), siendo que, solamente en este último aspecto será, ahora, objeto de investigación.

Ab initio, obsérvese la disposición de la estructura legal que el Código Penal brasileño traza en cuanto al crimen imposible:

Crimen Imposible.

Art.17. No se pune la tentativa cuando, por ineficacia absoluta del medio o por absoluta impropiedad del objeto, es imposible consumarse el crimen. [228]

Se resume de la lectura, inmediatamente, los dos criterios cualitativos del crimen imposible: la falta de idoneidad absoluta del elemento caótico contenido en la acción (medios y objeto); su

[228] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

estructura normativa destinada para la evaluación de la objetividad de la conducta (medios y objeto).

Si la falta de idoneidad del elemento caótico contenido en la acción es relativa, o sea, si los medios empleados son relativamente idóneos para producir *in concreto* el resultado consumativo o si el objeto material del delito (concretización del bien jurídico protegido por la norma penal) es relativamente capaz de ser lesionado, si está delante de casos de tentativa, por cuanto hay (o debe haber), por lo mínimo, la creación de un peligro concreto, amenazador e injusto, al bien jurídico.

Así, de esa observación se concluye que el Código Penal brasileño adopto la llamada '*Teoría Objetiva Temperada*' en cuanto al crimen imposible, o sea, este se refiere a los datos objetivos del hecho, pero apenas cuando absolutamente no idóneos, pues en el caso de su relatividad, hay tentativa.

Bajo la perspectiva metodológica de la Ciencia del Derecho Penal, la figura del crimen imposible impone al Jurista la consideración de que la lectura de la ley, y la construcción del derecho penal en lo que le es correlato, solamente son viables bajo la perspectiva funcional-teleológica, esto es, destinados para la protección de los bienes jurídico-penales.

De este hecho, la estructura normativa del crimen imposible está destinada para la evaluación de la objetividad de la conducta (medios y objeto), razón por la cual se debe ponderar que las evaluaciones subjetivas del agente criminoso no ocupan lugar de esencialidad para su configuración, de modo que, la estimación de la imposibilidad se impone por lo que fue llevado a efecto materialmente, por lo manifestado en el mundo.

El art. 17 del Código Penal brasileño, al consignar inicialmente que "no se pune la tentativa cuando,...", comete dos impropiedades que tiene exhortadas doctrinas difusas, y llevadas a la doctrina la discusión incesante sobre la naturaleza jurídica del crimen imposible. Primeramente, la expresión "no se pune", es utilizada para designar la existencia de causa de exclusión de Culpabilidad, de ahí varias teorías incluyendo la evaluación psicológica del sujeto ("*Teoría Subjetiva*" de Von Buri; "*Teoría Sintomática*" de Garófalo). En segundo lugar, la misma expresión denota la calificación del hecho como '*Tentativa*', por lo tanto, como hecho típico, lo que es un equívoco.

El propio concepto de '*Crimen Imposible*', en la hipótesis, es equivocado (*contradictio in adjecto*), pues crimen presupone tipicidad y antijuridicidad.

En verdad, el hecho perteneciente al instituto jurídico en aprecio, no es siquiera una tentativa, mucho menos un crimen consumado aún que bajo una perspectiva puramente formal, pues no existe la creación de un riesgo prohibido y relevante al bien jurídico penalmente tutelado. En resumen, en las palabras del profesor DAMÁSIO, "el crimen imposible no constituye figura típica". Así también, para MAGALHÃES NORONHA, "no hay tentativa, por no haber inicio de ejecución de la acción típica." [229] [230]

En el mismo sentido es la lección del prof. NELSON HUNGRIA, cuando observa la diferencia entre crimen imposible y tentativa punible: "La tentativa punible es un *fragmento* del crimen consumado". Por lo tanto, la distinción reside en la tipicidad de la acción, y no en el hecho del crimen imposible prescindir de interferencia ajena al contrario de la tentativa, como propala MIRABETE, lo que se contesta notoriamente por la existencia de la tentativa perfecta o crimen fallo, donde también puede no existir interferencia externa, y entre tanto, ser una tentativa punible. [231] [232]

El *hecho de ofensa imposible* (crimen imposible) es un hecho atípico, indiferente al sistema jurídico penal. En el fondo, toda la discusión a respecto de este instituto reside, en última instancia, en el pensamiento sistemático, pues aquel, estando dentro del sistema de derecho penal, prevé las hipótesis fáticas que siquiera ingresan en el ámbito de la regulación jurídico-penal. En cuanto instituto penal, representa la propia comunicación del sistema penal con los hechos sociales cotidianos, es la previsión legal del margen de la aleatoriedad sistémica propia del no aislamiento del derecho penal.

El hecho de ofensa imposible es socialmente adecuado, atípico y, por lo tanto, se resume de los principios penales de la *Ofensividad*, *Fragmentariedad* y *Subsidiariedad*, además de la teoría del *bien jurídico-penal*, substratos categóricos del derecho penal mínimo, liberal y garantista.

[229] JESUS, Damásio Evangelista de. "*Direito Penal*". p.305.

[230] MAGALHÃES NORONHA, Edgard. "Direito Penal". Vol.01. Atualização de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva. 2000. p.133.

[231] *Op.Cit.* p.101.

[232] MIRABETE, Júlio Fabbrini. "Manual de Direito Penal". Parte Geral. San Pablo: Atlas. 2001. p. 166.

Entre tanto, el derecho penal brasileño de antes, anterior a la reforma de la parte general de 1984, ya previó la posibilidad de penalización del crimen imposible mediante la imposición de medida de seguridad, en virtud de la peligrosidad del sujeto, con todo, fue una posición que mereció abandono y que no debe ser rescatada. Punir un hecho de ofensa imposible, es punir la pura subjetividad del hombre, lo que es absolutamente inaceptable en sede de derecho penal y, notoriamente atentatorio a la Dignidad Humana en cuanto Principio Constitucional con fuerza normativa y criterio de construcción de la estructura del derecho represivo subsidiario.

En este sentido, continua actual la lección de Carrara en cuanto al hecho de ofensa imposible:

No hay *crimen fallo*, porque no fue un *imprevisto extraordinario* que impidió el asesinato, sino la ordinaria relación de las fuerzas materiales puestas en movimiento por el delincuente. Existió en el caso una *intención* cruel. Pero las intenciones no tienen valor ante la justicia penal, sino en cuanto acompañadas del daño efectivo o peligro *real*. [233]

Mismo que se quiera argumentar que la pura intención ofensiva (*voluntas sceleris*) desprovista del acto respectivo (*eventus-damni*) es socialmente inadecuada, su apreciación es improcedente en sede de derecho penal, aunque pueda ser evaluada moral y éticamente, como toda especulación.

Como el llamado "crimen de bagatela" (o delito de insignificante potencial ofensivo), en frente del principio de la ofensa es actualmente comprendido como un hecho atípico, con mucha más razón lo será el hecho de ofensa imposible. Este es, conforme los profesores Zaffaroni & Pierangeli, lo "nada penal", donde se concluye, por tanto, que "*lo nada penal no puede fundamentar consecuencia penal alguna*". [234]

Hasta el presente momento, fue objeto de consideración el aspecto material de la conducta delictiva, que representa la *no-linealidad* absorbida por el sistema jurídico-penal cuando se aproxima de los contratos sociales pertenecientes a los proyectos hipotéticos de la ley penal. Con todo, al considerarse que la conducta humana no se presenta fenomenológicamente como un desdoblamiento

[233] Carrara, Francesco. "Programa do Curso de Direito Criminal". Parte Geral. Vol I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2002. p.290.

[234] *Op.Cit.* p.73.

fático desprovisto de subjetividad, que, además, es el factor determinante de los acontecimientos observables, la *no-linealidad* también se presenta bajo el punto de vista subjetivo en la conducta, además, es característica de la propia subjetividad humana una incesante volatilidad de los motivos y fuerzas psicológicas que impulsan al hombre a la práctica de algún acto.

Se dice que hay ***no-linealidad subjetiva interna*** a la conducta, en los casos de retiro voluntario y arrepentimiento eficaz, además del delito preterintencional, por cuanto el delincuente, en esas hipótesis, sufre vacilaciones de orden psíquica en el momento de la práctica del crimen, o sea, cuando está en marcha la conducta en dirección a la consumación, de modo que puede hasta configurarse en ese proceso, una relevante etapa disonante entre la *voluntas* o *animus*, y el acto efectivamente llevado a efecto.

El Código Penal brasileño establece positivamente las hipótesis que configuran la 'Desistencia Voluntaria' y el 'Arrepentimiento Eficaz', en los siguientes términos:

Desistencia Voluntaria y Arrepentimiento Eficaz

Art.15. El agente que, voluntariamente, desiste de proseguir en la ejecución o impide que el resultado se produzca, solo responde por los actos ya practicados. [235]

En sede de renuncia voluntaria, se debe ponderar que, reconociendo el legislador que la *voluntas sceleris* no se presenta rectilínea y uniforme en la inmensa mayoría de la práctica delictiva, incentiva al propio infractor de la norma penal, mediante premio, la interrupción del *iter criminis* por la mutación de su objetivo criminoso, o sea, el Estado, a través del referido instituto jurídico, provoca (o pretende provocar) el enflaquecimiento de la resolución ofensiva, influenciando una especie de estrangulamiento interno a la conducta, *a parte subject*.

El ofrecimiento de la exclusión de la imputación penal en la modalidad tentada, representa la utilización de criterio preventivo dentro del sistema represivo, con la función teleológica de incentivar el abandono de las actividades consumativas en frente de los bienes jurídico penalmente protegidos. En la lección de HUNGRIA, "dejándose de premiar con la impunidad al que se arrepiente y

[235] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

tempestivamente desiste de consumar el crimen, se estaría creando un estímulo para que el prosiguiese hasta el fin". [236]

No se trata de fomento a la *virtutis amore*, pero sí de mecanismo político-criminal de protección de los bienes jurídicos socialmente indispensables.

Mientras tanto, se debate doctrinariamente cual sería la naturaleza jurídica de la resistencia voluntaria, habiendo autores que la entienden como *causa de extinción de punibilidad* (Hungria, Delmanto) [237]; como *causa personal de extinción de punibilidad* (Zaffaroni & Pierangeli) [238]; como *causa personal de exclusión de culpabilidad* (Wessels, Muñoz Conde) [239]; o aún como *causa de exclusión de la adecuación típica* (Damásio, Fragoso, Capez, Mirabete, Frederico Marques). [240]

Las causas de extinción de punibilidad (amnistía, gracia, indulto, prescripción, decadencia, perención, etc....) son institutos que extinguen el *jus puniendi* del Estado, con todo, no poseen ligación alguna con el desarrollo ejecutivo del hecho típico (*voluntas*, *modus*, *instrumenta*, *et object sceleris*). Son proposiciones jurídico-liberales derivadas de la política criminal que se vinculan a las consecuencias jurídicas del crimen, no a la concepción ontológica del delito.

En cuanto a la causa personal de exclusión de culpabilidad, por ser un análisis de culpabilidad, implica en la consideración previa del hecho ser típico y antijurídico, lo que no se muestra adecuado en el caso bajo examen. El problema de la naturaleza jurídica de la resistencia voluntaria reside en la configuración de la tipicidad del hecho, por lo tanto, en un momento anterior a la culpabilidad del sujeto.

La raíz del problema de la naturaleza jurídica de la resistencia voluntaria reside en el dogma causal y en el puro naturalismo.

[236] Hungria, Nelson. "*Comentários ao ...*". p.94.

[237] Hungria, Nelson. "*Comentários ao ...*". p.93; Delmanto, Celso. "*Código Penal* ...", p.24.

[238] Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pierangeli, José Henrique. "*Da Tentativa ...*". p.16.

[239] Wessels, Johannes. "*Direito Penal ...*". p.110; Muñoz Conde. Francisco. "*Teoria Geral ...*". p.458.

[240] Jesus, Damásio E.. "*Direito Pena ...*". p.296; Fragoso, Cláudio Heleno. "*Lições de Direito Penal ...*". p. 255; Capez, Fernando. "*Curso de Direito Penal ...*". p.200; Mirabete, Júlio Fabbrini. "*Manual de Direito Penal ...*". p.162; Marques, José Frederico. "*Tratado de Direito Penal ...*". p.387.

La resistencia voluntaria imposibilita la imputación del delito originariamente pretendido por el sujeto, sea en la modalidad consumada o tentada, aunque subsistan autónomamente los actos practicados anteriores a la renuncia. No se trata de tentativa inacabada, sino de conducta incompleta por razones subjetivas internas.

Es esencial para que la conducta sea considerada típica en la modalidad tentada, que su interrupción se dé por causa ajena a la voluntad del agente, por lo tanto, tratándose de renuncia voluntaria del propio sujeto, no hay que hablar de tentativa. Así, existe la atipicidad de la conducta bajo la perspectiva de la *conatus*.

Lo que puede ocurrir en ese caso, es que los actos ejecutivos ya practicados, anteriores a la resistencia, sean pertenecientes a la otra figura típica consumada, de modo que subsistirá la imputación penal en cuanto a esta. El hecho es el mismo, lo que muda es la incidencia del tipo y de la respectiva imputación penal (*mutación del paradigma de evaluación normativa del hecho*).

Además, siendo el hecho atípico en frente de delito originariamente pretendido, siquiera se puede hablar de tentativa, exclusión de culpabilidad, impunidad o exclusión de punibilidad.

La cuestión se agrava en cuanto a la autónoma subsistencia de los actos practicados anteriores a la renuncia. Ontológicamente, se presentan como una *acción caótica*, pues subjetivamente se dirige al delito originariamente pretendido (en adelante atípico), pero materialmente se presenta, conforme el caso concreto, perteneciente al tipo penal diverso consumado. Por lo tanto, su imputación a partir del puro ontologismo configura un proceso con relevante etapa disonante entre la *voluntas* y el acto efectivamente llevado a efecto, de modo que, la imputación de la tentativa del delito originariamente pretendido solo es posible mediante la responsabilidad penal objetiva, lo que es un absurdo.

La resolución de la cuestión a ser hecha, en cuanto a la autónoma subsistencia de los actos practicados anteriores a la renuncia, reside en que, estos solamente pueden ser imputados penalmente si el delito originariamente pretendido fuera complejo (crimen complejo *estrito sensu*), o sea, se la etapa ya efectuada fuera perteneciente al tipo penal autónomo. *Ad exemplum*, en la conducta homicida con resistencia voluntaria, los actos ejecutivos practicados pueden caracterizar el delito de lesión corporal. Imputársela al crimen de lesión corporal.

No obstante, la imputación de la lesión corporal en el caso de arriba, permanece el problema óntico del elemento subjetivo del tipo, pues la pretensión era homicida, teleológicamente dirigida a fin diverso de la lesión corporal. Todavía, en los delitos complejos, el dolo engloba las partes de la ejecución del delito, de forma que en el dolo homicida está contenido el dolo de lesión corporal. Así, se resuelve el problema por la restricción de la imputación de los actos practicados anteriores a la resistencia voluntaria, apenas en los casos en que el delito originariamente pretendido fuera complejo.

No se puede olvidar, entre tanto, conforme demuestra la operación metodológica llevada a efecto en el caso hipotético arriba, que la imputación penal no es un procedimiento de base naturalista, sino, conforme apunta acertadamente la Teoría de la Imputación Objetiva, es un procedimiento de evaluación normativa de los hechos sociales, es esencialmente un fenómeno jurídico-normativo.

La resistencia voluntaria requiere la voluntariedad del agente, mismo que sugerida (no espontanea), cuando le era posible alcanzar la consumación delictiva, aun que solamente en su representación del crimen.

Con todo, el instituto jurídico de la resistencia voluntaria no representa un análisis moral o ético del hombre (no importa el motivo íntimo de la renuncia), como tampoco está preso al dogma causal de forma a presentarse esencialmente como una inacción (*no facere*), una inmovilidad corporal del sujeto. La resistencia voluntaria se presenta fenomenológicamente como una *conducta portadora de un significado*, cual sea, a ***renuncia a la marcha delictiva***. Así, también es posible su acontecimiento por el '*hacer cosa diversa*' (*aliud agere*).

Con efecto, observando la cuestión de la significación normativa de la resistencia voluntaria, la razón asiste a los profesores españoles RAMOS, GONZÁLEZ & MELIÁ, cuando observan que cabe al autor del hecho otorgar el significado de la resistencia voluntaria en la conducta, *in verbis*:

La resistencia alcanza su significado pleno como modificación de un hecho no concluido que se contrapone al comportamiento general posterior al hecho. Es el autor quien, mediante la resistencia, debe dar nueva interpretación al hecho. [241]

[241] RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. "Um Novo Sistema do Direito Penal". tradução de André Luís callegari e Nereu

Por su turno, en cuanto al arrepentimiento eficaz, o en cuanto no-linealidad subjetiva del agente, es clasificado doctrinariamente como *tentativa acabada*, pues el agente practico todos los actos necesarios a la consumación delictiva, o sea, agotó la conducta delictiva, arrepintiéndose eficazmente de su consumación naturalista.

Por lo tanto, al contrario de la resistencia voluntaria cuyo significado es la renuncia a la marcha criminosa, el arrepentimiento eficaz porta el significado de ***renuncia a la consumación del delito***. En ese caso, los actos ya practicados serán adecuados a la imputación de la *tentativa calificada* o *acabada* del delito originariamente pretendido. Esto garante al arrepentimiento eficaz, una aplicación más amplia que a la resistencia voluntaria.

Obsérvese que se trata de una tentativa donde la consumación no se concretiza por la renuncia del propio agente, no por una causa externa a su voluntad, lo que podría sugerir un conflicto con el art.14, II del Código Penal brasileño. Entre tanto, la renuncia en cuestión dice respeto exclusivamente a la producción del resultado, de modo que subsiste intacta la conducta pretérita, que deberá ser evaluada para fines de imputación. Así, el art.15 no es dispensable o redundante frente al art.14, II del mismo Código Penal brasileño. Deberían, entre tanto, ser separados en artículos autónomos la resistencia voluntaria del arrepentimiento eficaz, por ser institutos diversos.

También, el instituto jurídico del arrepentimiento eficaz no representa un análisis moral o ético del hombre (no importa el motivo íntimo de la renuncia), siendo esencial, entre tanto, su voluntariedad, y su eficacia para evitar el resultado, y ahí sí, existe la necesidad de actuación positiva para la no consumación del delito originariamente pretendido.

El arrepentimiento eficaz tiene naturaleza jurídica de causa de exclusión del resultado típico naturalista. Por lo tanto, es causa de atipicidad de aplicación restricta.

La imputación penal de los actos practicados anteriores a la renuncia, tanto en el caso de resistencia voluntaria como de arrepentimiento eficaz, depende de la configuración de la creación de riesgo prohibido y relevante a los bienes jurídico-penales tutelados, conforme la Teoría de la Imputación Objetiva recomienda.

José Giacomolli. Barueri - SP: Manole. 2003. p.107.

En cuanto a la no-linealidad subjetiva interna a la conducta, en los casos de crimen preterintencionales, se muestra obvia y aullando en frente de la *mutación cualitativa* del elemento psíquico de la acción, pues en el transcurso del acontecimiento evaluado por la norma penal, existe la mudanza del dolo inicial para la culpa en la consumación del hecho típico.

Código Penal.

Agravación por el resultado

Art. 19. Por el resultado que agrava especialmente la pena, solo responde el agente que lo haya causado al menos culposamente. [242]

Los delitos preterintencionales representan una categoría de crimen agravado por el resultado, donde "hay un mixto de dolo y culpa: el crimen básicamente doloso se vuelve más grave si sobreviene resultado culposo (no querido, ni mismo eventualmente, derivado de la inobservancia del cuidado exigible)", en las palabras del prof. Fragoso. [243]

Por lo tanto, su principal característica reside en el hecho del agente perder el ***dominio inmediato próximo al resultado***, aunque lo tuviese en el inicio del *iter criminis* (dominio originario de la acción).

Con todo, es bueno anotar que, no obstante, haya un descompás entre la voluntad y el hecho, se trata de una acción finalista como asienta el propio Welzel, al trazar el concepto de injusto en los delitos culposos. El finalismo en los delitos culposos no indica el fin deseado por el autor, sino la configuración final del acontecimiento, en frente de la ausencia "del cuidado necesario en el tráfico". [244]

Los tipos penales preterdolosos poseen estructura jurídica fundada en la no-linealidad de su elemento constitutivo subjetivo, pues absorben el dato aleatorio de la conducta caótica que encierran.

Por su turno, siendo rectilíneo el elemento subjetivo constitutivo de la acción, de modo a presentarse con dolo tanto en el antecedente como en lo consecuente, *verbi gratia* algunas lesiones corporales graves y gravísimas, continúa siendo un delito calificado

[242] Brasil. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

[243] Fragoso, Cláudio Heleno. "*Lições de Direito Penal ...*". p. 181.

[244] Welzel, Hans. "*O Novo Sistema ...*". p.76.

por el resultado, con todo no se podrá hablar de delito preterdoloso. Este solo se configura en la no-linealidad subjetiva.

Se dice que hay ***no-linealidad subjetiva externa*** a la conducta, en los casos de error (*errare humanum est*), pues la aleatoriedad subjetiva del agente resulta de una percepción equivocada de la esencia o significado de los fenómenos que lo circundan (*factum et juris*). La conducta se vuelve subjetivamente viciada y caótica por fuerza exterior. Representa una inadecuación entre la cosa y la representación mental que se forma a respecto de ese mismo fenómeno (*inadequatio inter rei et mens*).

Es posible que esta sea la materia jurídica más intrincada y debatida en la Teoría General del Delito, pues provoca crisis en el pensamiento sistemático que anima las teorías de la tipicidad, de la ilicitud y de la culpabilidad.

No siendo este el *opportuno tempore* para el debate con frecuencia profundizado de los desdoblamientos del error en el sistema jurídico-penal, cabe apenas consignar que, en cuanto a su modalidad esencial (excluidos los errores meramente accidentales), se presenta en tres posibilidades diferentes de configuración: error sobre la conducta típica (error del tipo); error sobre el tipo penal permisivo (discriminante putativa); y error sobre la evaluación normativa del hecho (error de prohibición).

En cuanto a los errores meramente accidentales, por cuenta de su importancia secundaria para la calificación del hecho bajo la óptica del derecho penal, principalmente por referirse habitualmente apenas al objeto material del delito, no será objeto de apreciación en este paso, pues, en esos casos, la variación del alcance de la conducta es un dato puramente mecánico, sin cuestiones de alta indagación para el sistema jurídico-penal.

El error sobre la conducta típica (error del tipo penal represivo) se presenta en cuanto el sujeto, mediante una equivocada representación mental de la realidad que se pone en su entorno, desarrolla una voluntad viciada respectiva, al mismo paso en que no consigue identificar (*a parte subjetiva*) la tipicidad de su propia acción.

Código Penal.

Error sobre elementos del tipo

Art. 20. El error sobre elemento constitutivo del tipo legal de crimen excluye el dolo, pero permite la punición por crimen culposo, previsto en ley. [245]

En los términos del *caput* del articulo arriba transcripto, el error da causa a la atipicidad de la conducta apenas en los casos de esta se configurar como dolosa (error esencial excusable), con todo, subsistiendo culpa del agente en cuanto al error (evitabilidad del error en el caso de acción diligente, esto es, acción con el deber objetivo de cuidado), y habiendo la previsión legal del respectivo crimen culposo, habrá su imputación (error esencial inexcusable). Bajo este prisma, la negligencia del sujeto es calificada por la doctrina como *culpa impropia*, *por extensión*, *asimilación* o *equiparación*.

Ese deber objetivo de cuidado, que es el fundamento del injusto culposo, no se refiere a la previsibilidad subjetiva u objetiva en cuanto al resultado, sino a la *obligatio ad cautelam*, o sea, al efectivo comportamiento diligente, adecuado (socialmente) y exigible (jurídicamente). En las palabras del profesor DELMANTO, "el error esencial es considerado evitable (o vencible, inexcusable) cuando el agente aunque no actuando con dolo, podría haber evitado su error, caso actuase tomando los cuidados objetivos necesarios." [246]

En esta última hipótesis, de culpa del agente en cuanto al error (error culposo), la no-linealidad surge con tanta fuerza que, llevada a efecto la visión ontológica, provoca hasta la hipotética tentativa de crimen culposo (*ad absurdum*), como vislumbrada por CAPEZ. [247]

Se abre una posibilidad de evitarse el absurdo del crimen culposo tentado, a través de una lectura funcional-teleológica del *caput* del art. 20 del Código Penal brasileño, como propone metodológicamente ROXIN, donde se puede revelar la dimensión político-criminal de la disposición legal bajo examen, como su *ratio essendi*, de la forma como entendió el profesor DAMÁSIO, al despreciar la ontología y abrazar la teleología de la norma penal en cuestión: "Se trata, pues,

[245] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo – SP: Saraiva. 2002.

[246] DELMANTO, Celso. "Código Penal Comentado". Atualizado por Roberto Delmanto. 3ª ed. Río de Janeiro: Renovar. 1991. p.34.

[247] Para o prof. Fernando Capez, "esse é o único caso em que se admite tentativa em crime culposo".(*in* CAPEZ, Fernando. "Curso de Direito Penal: Parte Geral". 2ªed. San Pablo - SP: Saraiva. 2001. p.166).

de un crimen doloso a que el legislador aplica la pena del crimen culposo. De ahí la denominación 'culpa por equiparación', *i. e.*, o CP equipara, para fines de pena, el delito doloso al culposo." [248]

La perspectiva teleológica de la norma evita la "incompatibilidad de términos" existente entre tentativa y culpa, como ya aceptada por CARRARA, al observar aún que, "imaginar un *atentado culposo* es lo mismo que soñar un monstro lógico. ¡Y entre tanto pretendió alguien insinuar la posibilidad jurídica de ese monstro lógico!". [249]

La raíz do problema que se coloca, en cuanto a la posición sistemática del error del tipo en el ámbito jurídico-penal, y la fijación de sus consecuencias jurídicas, resulta, en última instancia, de la no-linealidad subjetiva que se manifiesta en la conducta perteneciente, pues se trata de un comportamiento originariamente culposo pero de conclusión también querida por el autor (mutación subjetiva inversa al que se presenta en el caso del delito preterdoloso, pues en este hay dolo inicial y culpa en la conclusión.

La doctrina nacional ya identificó esa inconstancia de la configuración subjetiva en la conducta, provocada por el error, como, *verbi gratia*, en el caso de los profesores DAMÁSIO DE JESUS, LUIZ FLÁVIO GOMES y ROBERTO BITENCOURT, ofreciendo este último, el detalle de la pre-hablada mutación en el *iter criminis*, de la pura reflexión a la práctica de la conducta delictiva consecuente, en los términos que siguen:

En verdad, *antes de la acción*, esto es, durante la *elaboración del proceso psicológico*, el agente valora mal una situación o los medios a utilizar, laborando en error, *culposamente*, por la falta de cautela en la evaluación; ya, en el momento subsecuente, *en la acción propiamente*, actúa *dolosamente*, finalísticamente, objetivando el resultado producido, aunque calcada en error culposo. [250]

Mientras tanto, en la conducta que se manifiesta en los casos de error del tipo esencial y vencible (error culposo), sea en la fase de *cogitatio* o en la *executio*, no hay, respectivamente, culpa pura o dolo puro. La culpa que se establece *ab initio* sigue durante toda la ejecución, inserida en la representación defectuosa que se mantiene, pasando a amalgamarse profanamente con el dolo, corroyendo

[248] JESUS, Damásio E. de. "*Direito Penal* ...". p.259.
[249] CARRARA, Francesco. "*Programa do Curso* ...". p.267.
[250] BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE. Francisco. "Teoria Geral do Delito". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.419.

la voluntad y la consciencia del sujeto por el desarrollo de los actos subsecuentes de la práctica delictiva. Esta voluntad viciada impide la configuración plena tanto del crimen doloso como del culposo, pero, para quien se apega a la ontología para resolver las cuestiones de imputación penal, puede apresuradamente y *tout court* concluir por la existencia de la tentativa en el crimen culposo, aunque absurdo e equivocado.

En cuanto al error del tipo esencial e invencible, esta encierra una lectura equivocada de la objetividad que envuelve el sujeto, de modo que, configurada la inevitabilidad del error, mismo en frente de la diligencia exigida por el derecho, la voluntad y la consciencia que de ahí se forman, también son viciadas, de este hecho con mucha más imperatividad, puesto que el rompimiento con el error, exigiría del hombre una condición perceptiva superior a la *media œstimatio* de la condición humana. Por eso, excluye el dolo.

Así, la razón asiste a WESSELS cuando enseña una visión fenomenológica en la formación del dolo a partir de la comprensión significativa del medio, según la cual, "el *conocimiento del dolo* significa *conocimiento del significado* y *de las circunstancias del hecho*". [251]

El conocimiento del significado del hecho no es un problema de subsunción legal o de evaluación jurídica, como equivocadamente se podría suponer, pero si una cuestión de comprensión real del fenómeno en el cual el sujeto se ve inserido. Este conocimiento del significado del hecho, es un problema ontológico, con todo bajo la perspectiva fenomenológica, esto es, no de la cosa en sí, sino de su significado existencial (manifestado).

Cuando el hombre da significado al medio, se abre la posibilidad de formación equivocada de la representación mental, tratándose de un inevitable defecto humano (*errare humanum est*). Todavía, cuando se instala un equívoco grosero (error vencible), subsiste la culpa penal. Por lo tanto, la lectura de la vida cotidiana no es un procedimiento fundamentado en una evaluación científica de los hechos, de modo que todos los hombres poseen esa capacidad (razón de la existencia fenomenológica), mismo que en grados de desarrollo distintos.

[251] WESSELS, Johannes. "*Direito Penal ...*". p.55.

Por cuenta de esta cuestión, es que el error del tipo deriva de una valoración *ad sensus communis* de los fenómenos, evaluación esta que puede ser destinada para lo puramente fático (mecánico) o mismo para datos normativos que participan de su configuración.

Ese también es el posicionamiento del prof. MUÑOZ CONDE, *in verbis*:

El error de tipo, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una *valoración paralela en la esfera del profano* para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo. [252]

Además, es importante observar que, con la difusión de la teoría de la imputación objetiva, la tendencia del error del tipo es verificar cada vez más sobre los elementos normativos constitutivos del tipo penal incriminador.

En lo que se refiere al error sobre el tipo penal permisivo, se encuentra expresamente previsto en el Código Penal brasileño, bajo el epíteto de "discriminantes putativas", en los siguientes términos:

Discriminantes putativas

Art.20. § 1°. Es exento de pena quien, por error plenamente justificado por las circunstancias, supone situación de hecho que, si existiese, volvería la acción legítima. No hay exención de pena cuando el error deriva de culpa y el hecho es punible como crimen culposo. [253]

Al paso en que el error del tipo penal incriminador (error sobre la acción típica) es causa de exclusión de la tipicidad de la conducta, el error sobre el tipo penal permisivo, también llamado de discriminante putativa, es causa de exclusión de culpabilidad, por lo tanto, aunque sean institutos penales íntimamente coligados, producen efectos diversos por ser también diversas sus configuraciones fenomenológicas. Ambos resultan de la no-linealidad subjetiva del agente por cuenta de una interpretación equivocada del mundo circundante, con todo hay una marcada distinción en la

[252] MUÑOZ CONDE. Francisco. BITENCOURT, Cezar Roberto. "*Teoria Geral* ...". p.176.

[253] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

evaluación normativa de la conducta perteneciente en cada caso, consecuentemente, una distinción en el *significado normativo del hecho* respectivo.

Al considerarse la expresión legislativa "es exento de pena" transcripta en el párrafo de arriba, se denota luego que se trata de una causa de exclusión de culpabilidad, por lo tanto, presupone la evaluación a priori de la acción como típica, esto es, el dolo contenido en esta conducta permanece inalterado en frente del examen del potencial conocimiento de la ilicitud que pasa entonces a inserirse en la culpabilidad, en la re probabilidad de la conducta.

El "potencial conocimiento de la ilicitud" no representa un dato ontológico del hecho típico, sino si una evaluación normativa de la conducta, donde se verifica, mismo haciendo uso de un juicio hipotético, si era posible al agente adquirir la plena interpretación de la realidad, adecuándose a esta.

Lo que hay de semejante entre el "error del tipo" y la "discriminante putativa" es que, en ambos casos, hay una percepción equivocada de los datos de la realidad que se insurgen en el entorno del agente, además de, permitir la responsabilidad penal por crimen culposo (en el caso del error culposo). Con todo, al paso en que, en el error del tipo esencial excusable existe la exclusión del dolo y, consecuentemente, de la tipicidad, en la discriminante putativa invencible existe la exclusión de la reprobación de la conducta dolosa, cuyo fundamento reside en un equivocado juicio evaluativo de las circunstancias, donde el sujeto acredita estar actuando con autorización del ordenamiento jurídico-penal. Así, en este caso, el juicio evaluativo equivocado nace de la percepción distorsiva de la propia realidad.

En las discriminantes putativas, de este hecho, también se coloca la cuestión del error "plenamente justificado por las circunstancias", o error excusable, y del error que se forma cuando "deriva de culpa y el hecho es punible como crimen culposo", por lo tanto, error inexcusable o vencible.

El error del tipo penal permisivo se sitúa a medio camino entre error del tipo y el error de prohibición, pues es una interpretación equivocada del mundo circundante, como el primero, y representa un juicio valorativo malogrado (aún, *ad sensus communis*) como el segundo.

En lo referente al error de prohibición, se refiere también a un problema de culpabilidad (re probabilidad de la conducta), no de

tipicidad. De este modo, no se trata de instituto jurídico destinado al análisis del ontologismo fático, mientras tanto, instrumento de evaluación normativa de la acción delictiva típica.

Código Penal.

Art. 21. El desconocimiento de la ley es inexcusable. El error sobre la ilicitud del hecho, si es inevitable, exenta de pena; si es evitable, podrá disminuirla de un sexto a un tercio.

Párrafo único. Se considera evitable el error si el agente actúa o se omite sin la consciencia de la ilicitud del hecho, cuando le era posible, en las circunstancias, tener o actuar esa consciencia. [254]

Surgen entonces, también en esta hipótesis, los errores invencible y vencible, siendo el excusable, causa de exclusión de culpabilidad, y el inexcusable estructurado con una finalidad diferente de los paradigmas anteriores, pues en adelante, el error culposo, es causa de diminución de pena. Entonces, ambos errores (invencible y vencible), se presentan como desarrollo de la relativización del principio *ignorantia legis non excusat*.

Siendo así, esa especie de no-linealidad subjetiva del sujeto no perjudica la configuración de la conducta típica, que objetiva o subjetivamente. aunque no represente instituto esencial para la teoría de la imputación objetiva, por no tener relación con la tipicidad, ocupa posición interna en el sistema jurídico-penal, en el vértice de la teoría de la culpabilidad. Por lo tanto, como bien propala el prof. LUIZ FLÁVIO GOMES, "El error de prohibición, de estar manera, no recae sobre el tipo, ni sobre el hecho, ni sobre la ley; el recae sobre la consciencia de la ilicitud." [255]

Se trata del "legítimo" conocimiento profano del derecho (*ad sensus communis*), que el agente adquiere en un cotidiano distante del substrato normativo de la sociedad, sobre todo, por reglas de experiencia aleatorias.

En el "error de prohibición", diferentemente de lo que ocurre con el "error del tipo" y de las "discriminantes putativas", el sujeto tiene una representación adecuada de la realidad, con todo labora

[254] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

[255] GOMES, Luiz Flávio. "Erro de Tipo e Erro de Proibição". 5ª ed. San Pabulo – SP: RT. 2001. p.140. No mesmo sentido é a lição do prof. Bitencourt, quando leciona que "o objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação á lei". (*in* BITENCOURT & MUÑOZ CONDE. "*Teoria Geral ...*". p.408).

en equívoco en cuanto a la evaluación normativa que hace de los hechos, por acreditar que estos son lícitos.

Por lo tanto, el presente instituto destinado a la "consciencia potencial de ilicitud" expresa para Frederico Marques un "imperativo de orden práctica", por cuanto el ordenamiento jurídico-penal se volvería inicuo sin que el mismo se impusiese perentoriamente, malgrado la relativización del principio *ignorantia legis non excusat*. [256]

Por su turno, para Magalhães Noronha, acertadamente, el debate que envuelve el error de prohibición tiene fundamento en una "razón de política criminal", en el mismo sentido de la lección de Roxin, para quien "las así llamadas teorías del error deberían ser fundamentadas únicamente por la teoría de los fines de la pena". [257] [258]

Por lo tanto, de esta forma, en resumen a la explanación acerca de la conducta delictiva caótica, las interferencias de elementos internos y externos a la conducta criminosa crean una dinámica hasta cierto punto imprevisible en el nexo de causalidad material del crimen, por cuanto no existe el dominio absoluto de esos elementos por el criminoso, pues el total dominio de la acción es improbable cuando se trata de evaluar el comportamiento *ex ante*, de cualquier organismo vivo como el hombre lo es.

Además, no se puede olvidar que la acción queda aún más compleja y caótica cuando es desarrollada en co-participación o co-autoría. Pues en el curso de la acción pueden surgir voluntades disonantes y elementos materiales imprevisibles.

Lo que el CP prevé son grandes variaciones de la conducta caótica, son datos relevantes que modifican radicalmente la calificación del hecho, pero, se puede preguntar, con principio en el método de la ontología, mismo que *ad argumentandum tantum*, ¿cómo quedan las pequeñas variaciones? ¿Cuáles son ellas? ¿Cuál es el criterio para su consideración o desconsideración en el sistema jurídico-penal?

[256] Marques, José Frederico. "Tratado de Direito Penal". Vol.II. 1ª ed. revista e ampliada por Antonio C. Mariz de Oliveira, Guilherme de S. Nucci e Sérgio Eduardo M. de Alvarenga. Campinas - SP: Bookseller. 1997. p.314.

[257] Magalhães Noronha, Edgard. "*Direito Penal* ...". p.153.

[258] Roxin, Claus. "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.72.

Insta acentuar que, la causalidad penal tradicional es resultado de una construcción lógico-formal donde hay una simplificación de la acción humana (que es inconstante), y que finaliza por concretizar el daño al bien jurídico tutelado por la norma. Acontece que esta simplificación resulta de la desconsideración por la ley, de variables materiales y psicológicas que pueden o no tener relevancia para el resultado, aunque la legislación se haya diversificado para determinar la no-linealidad más significativa.

Por ser una construcción teleológicamente concebida para la evaluación normativa de los hechos, el sistema jurídico-penal, al aproximarse de los mismos, finaliza por tener de desdoblarse en institutos de aplicación restricta para evaluar la propia aleatoriedad material, absorbiéndola metódicamente. De ahí la validad de la observación del professor LOURIVAL VILANOVA, según el cual, "no siempre ha de entenderse por sistema su racionalización interna." [259]

Llevándose a efecto el pensamiento sistemático más ortodoxo que caracteriza la "doctrina tradicional" del derecho penal, si esa simplificación fuera drástica, podrá haber eliminación de un elemento esencial para la verdad real que envuelve el delito. Como bien asienta ROXIN, citando aún BOLLNOW, "el peligro de cualquier sistema consiste en 'construir livianamente en el vacío de un espacio irreal'(...)." [260]

Por lo tanto, ninguna de las teorías de la causalidad penal hasta el presente momento, consiguió englobar todas las posibilidades de desarrollo de la conducta delictiva del hombre, pues esta revela un dato caótico, con innumerables variables que cotidianamente, son capaces de crear puntos de estrangulamiento en la teoría penal.

La solución sería el desarrollo de una causalidad normativa que se mantuviese al lado de la causalidad naturalísima para cortar las aristas de su caos. La teoría de la imputación objetiva.

[259] VILANOVA, Lourival. "Causalidade e Relação no Direito". 4ª ed. San Pablo - SP: RT. 2000. p.44.

[260] ROXIN, Claus. "Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução e introdução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.22.

3.4. ***El nexo de la causalidad penal cuántico***

3.4.1. *La causalidad jurídico-penal*

La causalidad delictiva es realmente, para un derecho penal basado en la Imputación de la Conducta y del Resultado, el punto doctrinario central que justifica el nexo que se establece entre la conducta y resultado, los dos polos indispensables de la imputación penal cuántica. De ahí emerge su esencialidad y su ubicación en la Teoría General del Delito, en la parte general de los códigos penales contemporáneos.

Al observarse su evolución conceptual, la noción de causalidad progresa en el mismo paso en que el Paradigma Epistemológico también se transforma, pues es un asunto de interés tanto de las Ciencias Naturales como de las Ciencias Humanas.

Aunque haya nacido sobre el juicio *de evidencia* de la sucesión naturalista de los hechos en el universo, fue paso a paso, adquiriendo grados de complejidad conceptual, primero por la percepción de la subjetiva intencionalidad en la acción (Fenomenología), después por la Física Posmoderna, a través del Principio de la Incertidumbre (Heisenberg) y, más recientemente, por la Teoría del Caos, que observa pequeños grados de aleatoriedad en la causalidad universal. Actualmente, apenas una conclusión es posible de alcanzarse en cuanto a la concepción de causalidad, según la cual, el conocimiento que se basa en la simple evidencia es el *sensus communis*, no el científico. La evidencia es fácil, pero lo fácil no siempre es lo cierto.

Como bien acentúa Roxin, la falta de certeza o la relatividad en el microcosmos o en el macrocosmos, no imposibilitan la verificación de la causalidad en el derecho penal. Mientras tanto, la comprensión de la causalidad penal bajo la perspectiva puramente naturalista no escapa al encadenamiento universal, de ahí la actual imposibilidad de concepción de una teoría naturalista que justifique, por lo menos, la causalidad en el crimen de omisión o en el delito tentado.

Lo que, exactamente, "causa" algo en la causalidad, y como esto ocurre, aún no fue descubierto. La pregunta del jurista en cuanto a si la acción de determinada persona es "causa" de un

resultado jurídicamente relevante descansa, por lo tanto, sobre varios presupuestos no esclarecidos. [261]

La imputación penal en los delitos omisivos, como un modelo interno esencial al actual sistema jurídico-penal, es un inexorable punto de estrangulamiento de la causalidad naturalista. La absoluta incompatibilidad conceptual existente entre el crimen omisivo y la física, es patente y reclama por la revisión de los pilares instrumentales básicos de la Teoría del Crimen.

Al considerase el nexo de causalidad criminal como algo exclusivamente mecánico y naturalista, se podrá promover un inaceptable estado de inseguridad jurídica, pues en los casos en que hay conexión compleja, como en la causalidad alternativa o aún en la causalidad hipotética, el juicio penal formará su convicción sobre la imputación, basado apenas en datos probabilísticos, lo que es inaceptable para fines de fijación de la responsabilidad penal.

El hecho de la vetusta causalidad penal naturalista ser concebida por un examen *ex post factum*, no la exime del dato probabilístico, pues este no resulta de la falibilidad humana en buscar la verdad fática contenida en la mecánica de la naturaleza, sino si, de la propia 'ontología naturalista' (concepto iluminista contradictorio, visto que en la Ilustración la naturaleza es desprovista del *Ser*, solo siendo '*cosa*' no proceso de '*desencantamiento del mundo*', por lo tanto, una '*contradictio in adjecto*'), del ser en sí de la conexión causal. La convicción acerca del conocimiento de la verdad real de las conexiones naturalistas, apoyada exclusivamente en el argumento del examen *ex post factum* es arbitraria. Esa certeza *ex post* nada más es que un significado subjetivo y arbitrario que el hombre presta a los hechos que no domina, aunque pueda observarlo y evaluarlos jurídicamente. [262]

La probabilidad de la pura causalidad naturalista es incompatible con el Estado Democrático de Derecho, de ahí la necesidad del reconocimiento de que la causalidad penal difiere de la conexión física. En este sentido, es saludable la lección consignada por WESSELS sobre la diferencia entre la causalidad bajo la óptica

[261] ROXIN, Claus. "Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução e introdução de Luís Greco. Río de Janeiro - RJ: Renovar. 2002. p.272.

[262] *A contrario sensu*, Juarez Tavares sostiene que el examen *ex post factum* es capaz de establecer "una noción de causalidad basada en la relación de certeza y necesidad". (*in* TAVARES, Juarez. "Teoria do Injusto Penal". 2ª Ed. Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2002. p.256).

de las Ciencias de la Naturaleza y la Juridicidad Penal, como concepto de la Ciencia Humana:

Causalidad en sentido jurídico no es otra cosa que causalidad en sentido de las ciencias naturales. La causalidad de las ciencias naturales es una relación entre dos estados, de los cuales uno sigue al otro por la ley natural. Esta ley de la causalidad seria inadecuada e insuficiente en el Derecho Penal como principio (aislado) de la imputación del resultado. El concepto jurídico-penal de "causalidad" es un concepto de relación jurídico-social, que conduce a contenidos ontológicos y normativos, no siendo, por lo tanto, idéntico ni a los conceptos causales de las ciencias naturales ni a los filosóficos. [263]

En el mismo sentido es la lección del profesor italiano Giulio Battaglini, para quien "ninguna Ciencia, (ni mismo, por ej., a la biología) interesa el lanzarse en el infinito de la cadena causal". [264]

Mismo la perspectiva finalista es también *óntica* (aunque haya evolucionado paulatinamente desde su primera formulación), restando deteriorada esa aplicación en determinadas hipótesis previstas en la Teoría General del Crimen del Código Penal brasileño, sino veamos el ejemplo abajo, ampliamente debatido en las doctrinas nacional y extranjera, en los términos expuestos por Basileu Garcia, *in verbis*: "Alguien sufre una agresión física. El acto no acarrearía la muerte. La víctima es conducida a tratarse en un hospital, que se enciende, y la persona perece". [265]

Se trata de un acontecimiento perteneciente a la hipótesis prevista en el art.13, §1° del Código Penal, como causa superveniente relativamente independiente (el incendio). *In casu sub examinem*, partiéndose para una imputación subjetiva (óntica, pero no ontológica), el agente provocador de las lesiones en la víctima responderá por homicidio consumado, pues era ese su objetivo teleológico y, materialmente, dio causa a la muerte de la víctima pues, sin las lesiones, la víctima no estaría en el hospital. Por lo tanto, el Código Penal brasileño no adopta la imputación subjetiva como paradigma metodológico, considerándose lo dispuesto en el §1° del art.13 del Código Penal, que determina que hay exclusión

[263] Wessels, Johannes. "Direito Penal: parte geral". Tradução de Juarez Tavares. Puerto Alegre - RS: Sérgio A. Fabris Editor. 1976. p.40.

[264] Battaglini, Giulio. "A Interrupção do Nexo Causal". Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2003. p.40.

[265] Garcia, Basileu. "Instituições de Direito Penal". vol. I. tomo I. San Paplo - SP: Max Limonad. 1976. p.225.

de imputación del resultado producido, imputándose, entre tanto, los hechos anteriores. [266]

Así, tanto en la causa superveniente relativamente independiente del §1° del art. 13, como en la causalidad omisiva del §2° del mismo artículo, hay imputación objetiva pues, el nexo que se establece entre la acción y el resultado es de naturaleza normativa, no física.

También hay problemas en la esdrújula figura del 'dolo general', también llamado de *error sobre el nexo causal*, y la posibilidad de imputación subjetiva del hecho.

En cuanto al error esencial sobre el nexo de casualidad ('dolo general'), o 'error sucesivo', no es exactamente una causa de atipicidad, exclusión de ilicitud o de culpabilidad, sino si un problema de adecuación típica del hecho que porta relevante grado de aleatoriedad en el nexo de causalidad.

En la incuestionable lección del profesor DAMÁSIO, al conceptuar el 'dolo general' (*error sucesivo*), ese error "ocurre cuando el agente, con la intención de practicar determinado crimen, realiza cierta conducta capaz de producir el resultado y, luego después, en la creencia de que el evento ya se produjo, emprende nueva acción, siendo que esta causa el resultado". [267]

Imagínese el caso en que, *A* ha intentando matar a *B*, le golpea con una faca y, acreditando equivocadamente ya está consumado el homicidio, entierra su cuerpo, viniendo *B* a fallecer en virtud de la asfixia, por haber sido enterrado vivo. En ese caso hay una variación relevante de la conducta criminosa, tanto objetiva como subjetivamente, de modo que, para evitar las dificultades que el nexo causal naturalista en cuestión porta, la doctrina creo el '*dolo general*' para cubrir todos los actos de fragilidad conceptual causalista, debiéndole ser imputado, en esa perspectiva, el homicidio doloso, o aún este, aumentado de la tentativa de ocultamiento del cadáver.

[266] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra colectiva de autoría de la Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002: "art.13. El resultado, de que depende la existencia del crimen, solamente es imputable a quien le dio causa. Se considera causa la acción u omisión sin la cual el resultado no habría ocurrido. §1°. La superveniencia de causa relativamente independiente excluye la imputación cuando, por sí solo, produce el resultado; los hechos anteriores, entre tanto, se imputan a quien los practico."

[267] JESUS, Damásio Evangelista de. "Direito Penal". Vol I - Parte Geral. 18ª ed. San Pablo: Saraiva. 1994. p.251.

Se trata, por lo tanto, en ese sentido, de *extensión hipotética del dolo*. Ese 'dolo general' es un esdrújulo juicio hipotético que desprecia *ex radice* el desdoblamiento material del hecho, y la variación óntica de la voluntad del agente. El 'dolo general' no es un concepto ontológico ni normativo-objetivo (por despreciar completamente el soporte fático de la imputación). Finaliza por ser una presunción *contram lege et rei* con fuerte tendencia a la arbitrariedad.

Considerando que el 'dolo general' es una figura que merece ser abandonada en frente de su inadecuación metodológica, se debe entre tanto, que, la Imputación Objetiva (*normativa*) puede solucionar esos problemas intrincados de conexión naturalista de los delitos, pues la normatividad del padrón penal puede completar con eficiencia las indeterminaciones en las cuales el Naturalismo no consigue ofrecer respuesta satisfactoria.

En respuesta al caso hipotético arriba propuesto, en que *A* intenta matar a *B*, dándole golpes de faca y, luego acreditar equivocadamente ya haber consumado el homicidio, entierra su cuerpo, viniendo *B* a fallecer en virtud del sofocamiento, por haber sido enterrado vivo, la doctrina de la imputación objetiva propone como solución, la imputación apenas de la tentativa de homicidio, puesto que no consumado con los golpes de faca. En cuanto a la tentativa de ocultamiento del cadáver, trabajó en un error del tipo criminoso, y efectivamente, practicó un crimen imposible, dada la absoluta impropiedad del objeto (persona viva). Hay aquí una atipicidad del comportamiento.

El 'dolo general' presupone la imputación subjetiva y, en última instancia, lleva a un resultado *contram legem*, pues se establece valorando de sobremodo el elemento psíquico del sujeto, no el hecho efectivamente practicado. Se abre, en este contexto, el camino para la *imputación de las intenciones* y no de los hechos.

En resumen, la imputación subjetiva llevada a efecto por la utilización del dolo como instrumento de complemento de las lagunas e incertidumbres de la causalidad naturalista, tanto como criterio de limitación del *regressus ad infinitum*, como a través del 'dolo general', no posee idoneidad para tanto, en frente del desdoblamiento de los párrafos del art.13 del Código Penal brasileño. Definitivamente, el sistema jurídico-penal brasileño, no admite la imputación subjetiva (*segundum id quod intenditur*).

De manera amplia, la causalidad ha sido aplicada como método de conocimiento de la verdad por el establecimiento de

conexiones deductivas o inductivas, razón por la cual KANT la entendió como conocimiento *a priori*, pues da soporte metodológico a la pesquisa científica. Con todo, ella no se agota en el método, hay en verdad, una doble aplicación de la causalidad: como método de pesquisa y como objeto de investigación o formulación científica.

En adelante, lo que importa en este estudio es la concepción de causalidad delictiva, o sea, la causalidad observada como *hecho jurídico*, como objeto de la *ars inveniendi* de la Ciencia del Derecho Penal.

En la perspectiva naturalista, la causalidad es compleja, en frente de los datos objetivos y subjetivos que la componen, con todo, en cuanto hecho jurídico, se presenta fenomenológicamente como el resultado de la incidencia de la norma jurídica sobre el soporte fático, por lo tanto, porta esencialmente un sentido de normatividad, como todos los hechos jurídicos. Enseñando también a favor del hecho jurídico criminoso, FREDERICO MARQUES reconoce que el delito es un "hecho jurídico voluntario", aunque se verifique que "sus efectos jurídicos, consubstanciados en las sanciones punitivas, no derivan del querer del agente". [268]

Los hechos jurídicos son hechos sociales evaluados bajo la óptica de la normatividad consolidada en el derecho.

La causalidad constituida y evaluada por el derecho penal representa una construcción normativa que se extiende al lado (y por dentro) de la causalidad de la naturaleza, moldeándola en lo que importa al *jus puniendi* estatal, para la defensa de bienes que reciben la calificación política de indisponibilidad de tutela para la manutención de la vida en sociedad.

De la distinción entre la causalidad natural y la jurídico-penal, observa el profesor KARL ENGISCH que "la causalidad jurídica se funda en leyes humanas, siendo que estas últimas en cierto sentido son producto de una creación arbitraria". Por lo tanto, esta "arbitrariedad" en la causalidad jurídica debe ser contenida por criterios racionales y científicos, notoriamente por la aplicación

[268] MARQUES, José Frederico. "Tratado de Direito Penal". Vol.II. 1ª ed. revista e ampliada por Antonio C. Mariz de Oliveira, Guilherme de S. Nucci e Sérgio Eduardo M. de Alvarenga. Campinas - SP: Bookseller. 1997. p.56.

metódica del sentido teleológico del derecho penal, para evitar un sistema jurídico-penal opresivo y discrecional. [269]

En esta captación de hechos concatenados relevantes para el ámbito jurídico-penal, el núcleo de la causalidad delictiva es la acción humana que produce un resultado, de ahí la necesidad de manutención de la verificación de sus elementos subjetivos para la estimación de la responsabilidad criminal, pues la actuación humana envuelve una expresión subjetiva que lo acompaña intrínsecamente y que, por fin, representa la propia manifestación empírica de la personalidad humana en el mundo. Con todo, aunque pertinente, el hecho ontológico no es sinónimo de hecho jurídico, pues existe aún la normatividad que es la propia esencia de los conceptos de la ciencia del derecho.

Incuestionable, en este sentido, es la lección del profesor pernambucano LOURIVAL VILANOVA, al exponer su comprensión de hecho jurídico y, consecuentemente de imputación penal, *in verbis*:

Para entender la causalidad específicamente jurídica, ha de tenerse en cuenta ese mínimo de ontología: el derecho es una realidad con dos dimensiones. Una es factual, en el sentido largo del término: se compone de hechos del mundo físico y de hechos de conducta inter-humanas. Otra es la objetivación de significados normativos. [270]

Por lo tanto, en adelante, la causalidad delictiva ha de ser entendida como un nexo complejo que conecta la acción al resultado en el crimen, compuesto de elementos objetivos (comportamiento), subjetivos (intencionales o negligentes) y normativos (*imputatio juris*).

El instrumento normativo más adecuado para la fijación de los contornos de la causalidad delictiva es el criterio del 'alcance del tipo', elaborado originariamente como 'alcance de la norma penal' por el profesor GIMBERNAT ORDEIG, en 1962, como noticia FEIJÓO SÁNCHEZ. Así, gran parte de la doctrina no establece la diferencia entre el criterio del alcance del tipo y el del alcance de la norma penal. [271]

[269] ENGISCH, Karl. "Introdução ao Pensamento Jurídico". 8ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa - Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. p.212.

[270] VILANOVA, Lourival. "Causalidade e Relação no Direito". 4ª ed. San Pablo - SP: RT. 2000. p.59.

[271] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. "Teoria da Imputação Objetiva". Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri - SP: Manole. 2003. p.52.

Con todo, de este hecho, se resalta una vez más que 'alcance del tipo' no es la misma cosa que 'alcance de la norma'. [272]

Este último, el "alcance de la norma", implica en una evaluación de la acción con criterios extrapenales (comunicación entre sistemas), para determinar el significado de la conducta, esto es, si la conducta es creadora de un riesgo socialmente inadecuado o no. Como asienta el propio ROXIN, "el fin de protección de la norma no comprende la forma concreta en que ocurrió el resultado." [273]

Por su turno, el "alcance del tipo" implica en una evaluación del comportamiento humano con criterios intra penales, dentro del propio sistema penal para fijar la imputación del hecho, o sea, para determinar *in concreto* la conexión entre la acción y el resultado, según un criterio normativo.

Véase, por ejemplo, que todos los delitos que constan en el capítulo "de los crímenes contra la vida", en el CP, poseen el mismo fin de protección de la norma, que es la tutela del bien jurídico "vida". Con todo, cada tipo penal que cuenta en el mismo capítulo, tiene un fin de protección diferenciado, que es la tutela de bien jurídico "vida", en situaciones concretas o relaciones sociales específicas.

El fin de la norma es la puerta de entrada del dato histórico-sociológico en el mundo jurídico-penal. El fin del tipo penal es la protección llevada a efecto dentro del sistema jurídico-penal. Así, el valor histórico-sociológico (bien jurídico) fundamenta la norma penal, que por su turno fundamenta el tipo. El tipo fundamenta el juicio de tipicidad sobre la conducta concreta que legitima el *jus puniendi* estatal.

En verdad, la propia noción de 'norma penal' difiere de la noción de 'tipo penal', de ahí poseyeron datos fenomenológicos diferentes, lo que se resume en la lección del profesor ANÍBAL BRUNO, *in verbis*:

Por otro lado, mismo cuando el precepto penal se encuentra expreso en otro ramo del Derecho, lo que no representa, necesariamente, para el enunciado penal, una posterioridad temporal o mismo lógica, el Derecho Penal no lo repite pura y simplemente, sino lo somete a su propia elaboración, alterando, ampliando o

[272] En el capítulo retro, intitulado "La Conducta Delictiva Cuántica", se estableció, preliminarmente, la diferencia entre "alcance del tipo" y "alcance de la norma", esencial para la correcta lectura de la proposición.

[273] ROXIN, Claus. "*Funcionalismo e Imputação Objetiva* ...". p.337.

restringiendo su contenido, y reduciendo hacho a las circunstancias estrictas, según el proceso de tipificación, que le es propio, y de ese modo eleva ciertos bienes a la tutela jurídico-penal, constituyendo su precepto originario y autónomo. [274]

Así, el alcance del tipo penal represivo delimita los contornos fáticos que realmente son pertenecientes a la hipótesis abstracta prevista en la disposición legal. Es justamente en frente del alcance del tipo penal represivo que no se admite, bajo la perspectiva de la imputación objetiva, la aplicación del principio de la *versari in re ilicita imputatur omnia, quae sequunter ex delicto* (quien comete un hecho ilícito es responsable por todo lo que se sigue a él).

Insta acentuar que la causalidad penal, como elemento de un *hecho jurídico*, difiere de la causalidad naturalista (esta como hecho probabilístico), pues, por ser aquella un hecho jurídico normativamente delimitado es un mecanismo de exclusión de la imputación penal (interpretación y teleología restrictiva), es un instrumento del derecho penal mínimo que restringe y califica lo que es penalmente relevante en frente de la descripción abstracta del tipo penal incriminador, y de la mecánica fática.

De la misma forma, el alcance del tipo excluye la imputación de efectos secundarios de la acción, especialmente clasificados bajo el epíteto de la "*mala suerte*" (mala suerte). Como bien enseña DAMÁSIO, "realizada por el autor una conducta causadora de un peligro relevante y jurídicamente prohibido, es posible que, delante de los riesgos previsibles de la vida, la víctima venga a sufrir otras afectaciones jurídicas, resultados que pueden tener origen en el comportamiento del propio sujeto pasivo, de un tercero o de fuerza de la naturaleza." [275]

En el mismo sentido observa el profesor CALLEGARI que "los casos propiamente dichos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo son aquellos en que la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, damnificar, etc....) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias." [276]

[274] BRUNO, Aníbal. "Direito Penal: Parte Geral". Tomo I. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.198.

[275] JESUS, Damásio Evangelista de. "Imputação Objetiva". San Pablo – SP: Saraiva. 2000. p.85.

[276] CALLEGARI, André Luís. "Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal". Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado. 2001. p.39/40.

Por lo tanto, es factible que la víctima del delito venga a sufrir daños otros que no el directamente perteneciente al ámbito del tipo penal. La conducta del agente, en una hipótesis concreta, pasa a ser típica por la creación del riesgo prohibido, mientras tanto, no todas las consecuencias ligadas al comportamiento penalmente relevante son imputables al sujeto. La propia existencia del riesgo estructural en la sociedad puede concurrre decididamente para la producción de un resultado dañoso al bien jurídico de la víctima, de modo que al agente no se puede imputar lo que le escapa al dominio (causalidad errante).

En la parte especial del Código Penal, las normas penales represivas protegen bienes jurídico-penales determinados, de la misma forma en que el tipo resguarda esos mismos bienes en frente de relaciones sociales específicas, como la protección de la vida en la relación entre gestante y feto, en el crimen del aborto. Por lo tanto, lo que escapa al objeto de amparo del tipo penal, no es resultado delictivo, es mala suerte de la víctima, mismo considerando, en el ejemplo en cuestión, que el aborto es un delito pluriofensivo.

En resumen, la '*mala suerte*' de la víctima se presenta como un mecanismo normativo que delimita el ámbito del resultado imputable al autor, de la misma forma como también se encuentra excluida de ese sentido, la acción que implica en una 'disminución de riesgo' preexistente, al cual el agente no haya dado causa normativamente.

El alcance del tipo es el centro normativo del nexo de causalidad penal, enjuagándolo a lo adecuado del Estado Democrático de Derecho, y a los dictámenes científicos de la Ciencia del Derecho.

3.4.2. *La prohibición del regressus ad infinitum objetiva*

La prohibición de regreso al infinito se presenta como una exigencia de desprendimiento de la imputación penal en relación al desdoblamiento naturalista del hecho. Físicamente, el nexo entre consecuente y precedente retrocede infinitamente, bien como, progresa de la misma forma, de ahí la necesidad imperiosa de contención de la incidencia penal, tanto en los casos de delitos culposos como dolosos (el 'colapso causal').

Hasta el presente momento, la prohibición de regreso al infinito ha sido aplicada mediante criterios subjetivos, por fuerza de la Teoría Finalista de la Acción que reconoce en el elemento subjetivo de la conducta el marco delimitador de la imputación

penal. Así, la causalidad penal retrocede hasta el momento en que el interviniente en la causalidad naturalista haya ingresado en el nexo causal con dolo o culpa *strito sensu*, o sea, con la finalidad del comportamiento contraria al directo, o cualquier otro elemento subjetivo del tipo penal.

¿Por cuál razón el constructor de un puente no responde por homicidio en frene de alguien que de él se tira? Justamente por no haber actuado con dolo o culpa, responde la imputación subjetiva.

Con todo, en frente de esa propuesta subjetiva de resolución penal, es de reconocerse que la imputación penal no es la misma cosa que conocimiento del contenido subjetivo de la acción. En la prohibición de regreso subjetiva, el jurista busca interpretar el elemento psicológico de la acción para, conociéndolo, limitar la causalidad regresivamente. Entre tanto, el conocimiento del móvil de la conducta no posee idoneidad suficiente para fundamentar, con preponderancia, la imputación penal, bajo pena de, en última instancia, punir la mera intención. Obsérvese, para una mejor comprensión del tema, la lección de Welzel en cuanto a la finalidad de la acción:

La dirección finalista del acontecer causal es una prestación por la cual el hombre estructura, consciente de su finalidad, las obras de su vida de relación civilizada. Pero, como tal, es indiferente al valor, es decir, puede ser empleado lo mismo para la realización de objetivos socialmente positivos, como socialmente negativos. [277]

Por lo tanto, como asienta el profesor alemán, el conocimiento del elemento subjetivo de la acción es la comprensión de un dato genérico, contenido en cualquier conducta humana, inclusive en las penalmente irrelevantes. De esta forma, es de comprenderse que la imputación penal es un juicio de reprobación de la conducta, una evaluación normativa de un determinado comportamiento social llevado a efecto, y no una simple interpretación de la subjetividad humana.

Además, la investigación óntica del subjetivismo humano es algo siempre porosa e indeterminada, de modo que, puede conducir a una interpretación arbitraria del móvil de la acción, y consecuentemente, a una arbitraria imputación penal subjetiva.

[277] Welzel, Hans. "Direito Penal". 2ª tiragem. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas - SP: Romana. 2004. p.83.

De este hecho, es de preguntarse si el meollo de la reprobación penal reside en la evaluación normativa de un hecho concreto y manifestado, o si su vértice se destina a la evaluación de las intenciones que impulsan al ente humano. ¿Es el hecho o es la configuración psicológica del autor, el soporte del juicio de la tipicidad (derecho penal del hecho *versus* derecho penal del autor)?

Para la prohibición del *regressus ad infinitum* objetiva, la causalidad penal volverá hasta el momento en que el interviniente en el nexo actúe dentro del riesgo permitido. Además, a aquella misma pregunta según la cual, el constructor de un puente no responde por homicidio en frente de alguien que de él se tira, la imputación objetiva responde que la actuación del constructor se encuentra dentro del riesgo estructural permitido por la sociedad. La construcción de un puente, como todo contacto social adecuado, presupone la exposición de determinados bienes jurídicos a un margen de riesgo tolerado (se trata de una noción de riesgo que se manifiesta implícito a la propia idea de sociedad). No se trata de ausencia de elemento subjetivo de la acción, sino de conducta conforme los dictámenes sociales, lo socialmente adecuado y hasta cierto punto, exigido por la sociedad.

En el mismo sentido, tampoco responde por el homicidio el vendedor autorizado de arma de fuego, mismo cuando sabe que dicha arma será usada para fines ilícitos. El vendedor autorizado de arma de fuego practica acto socialmente conformado, por lo tanto, "no puede ser considerado partícipe del crimen, una vez que realizó una conducta estereotipada, normal y permitida por la orden jurídica, aun que consciente de la futura práctica de un delito", en las palabras del profesor DAMÁSIO. [278]

Así, el nexo de causalidad penal retro actuará hasta el momento en que la conducta de los involucrados esté en los límites de lo socialmente adecuado, resultando, por lo tanto, en la adopción de un criterio normativo objetivo para la fijación de los contornos de la imputación penal.

Se resume entonces de los ejemplos dados hasta ahora, que la prohibición del *regressus ad infinitum* objetiva es un criterio de limitación de la responsabilidad penal en los casos de posible o hipotético concurso de agentes. Es, por lo tanto, causa de exclusión

[278] JESUS, Damásio Evangelista de. "*Imputação Objetiva*". p.50.

de la imputación penal por criterio normativo-social, o en las palabras del profesor Callegari, "la prohibición de regreso es un criterio para limitar la imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden ser causales, sino que están fuera del interés del derecho penal". [279]

No se puede reprimir o prohibir, en este contexto, que el vendedor autorizado de arma de fuego se recuse a practicar el acto de comercio que le es propio. Ni si le puede imponer la autoría o participación delictiva. Salvo, evidentemente, se adhiere al objetivo del criminoso y practica acto que va más allá del estereotipo. Con todo, se pune el acto, la adhesión, no el simple conocimiento que tiene del hecho, normalmente, en esta última hipótesis, es cuando no porta el deber jurídico de evitar el resultado.

La prohibición del *regressus ad infinitum* objetiva, como asegura el profesor Jakobs, resulta de los casos en que "el autor desvía hasta el *límite delictivo* el comportamiento de un tercero que *per si* carece de *sentido delictivo*". [280]

La conducta del tercero, en cuanto aspecto del riesgo permitido, no posee significado delictivo en sí, el autor del hecho es quien le da una destinación contraria al derecho, por lo tanto, con su exclusiva responsabilidad penal, no obstante, aquel comportamiento del tercer sea un antecedente físico-temporal y lógico del resultado delictivo.

3.4.3. *El dominio del hecho en el concurso de personas*

Cuestión también revisitada a menudo por la doctrina, sin la presentación de una solución planificada o definitiva, dice respecto a los criterios para determinar la responsabilidad penal de todos los agentes que de una manera decisiva o no, intervienen en el aspecto ontológico de la causalidad delictiva.

Por cuenta de la influencia que la teoría finalista de la acción ejerció (y aún ejerce) sobre el derecho penal en las sociedades occidentales contemporáneas, se estableció en el transcurrir del siglo XX, el criterio del dominio del hecho para identificar la autoría delictiva, bien como los codelincuentes responsables por la consecución del hecho típico y antijurídico, en los casos de concurso

[279] Callegari, André Luís. "*Imputação Objetiva* ..." p.31.

[280] Jakobs, Günther. "A Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução de André Luís Callegari. San Pablo - SP: Revista dos Tribunais. 2000. p.27.

eventual en crímenes mono-subjetivos. En esa perspectiva finalista, pondera WELZEL que "pertenece a la autoría en general el dominio finalista del hecho (como elemento general del injusto personal de los tipos dolosos)". [281]

Así, la teoría del Dominio del Hecho fue elaborada primordialmente por el propio WELZEL, en 1939, cuando verifico que el autor de la acción no es solamente aquel portador de dolo como elemento subjetivo de la conducta, sino si aquel que además de tener la voluntad finalista, ejerce el dominio sobre la causalidad impulsada y en progresión al resultado buscado, pues "gracias a su saber causal previo, puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externa y un fin y lo domine finalmente". [282]

Además de ser un criterio objetivo-subjetivo de determinación de la responsabilidad penal, el 'dominio del hecho' porta también una noción naturalista y pre-jurídica.

Ocurre que, tratándose de *concursus delinquentium*, o sea, concurso eventual de agentes en crímenes mono-subjetivos, el dominio del hecho se puede presentar fraccionado entre los sujetos de la acción, de modo igualitario o desproporcional, directo o indirecto, abriendo camino para una interminable discusión doctrinaria a respecto de la configuración de la autoría delictiva.

En trabajo monográfico destinado al estudio del tema del dominio del hecho, el profesor CLAUS ROXIN identificó como formas de su presentación, el 'dominio de la acción', el 'dominio de voluntad' y el 'dominio funcional'. El 'dominio de la acción' se concretiza en cuanto al autor material del delito. El 'dominio de voluntad' se presenta en cuanto al autor mediato del crimen. Por su turno, el 'dominio funcional' se refiere a la coautoría en la ejecución material del injusto. [283]

En los términos de la teoría en aprecio, autor del delito es el sujeto que domina la acción finalísticamente. Quien no comparte de ese dominio no es autor, pudiendo, entre tanto, responder por el hecho a título de participación, en frente de su interferencia en

[281] WELZEL, Hans. "Direito Penal". 2ª tiragem. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas - SP: Romana. 2004. p.158.

[282] WELZEL, Hans. "O Novo Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luiz Regis Prado. San Pablo: Revista dos Tribunais. 2001. p.27

[283] ROXIN, Claus. "*Täterschaft und Tatherrschaft*". *Apud* JAKOBS, Günther. "Crítica à Teoria do Domínio do Fato" Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri – SP: Manole. 2003. p.01/02.

la causalidad respectiva. En las palabras del profesor Damásio "el partícipe solo posee el dominio de la *voluntad* de su propia conducta, tratándose de un 'colaborador', una figura lateral, no teniendo el dominio finalista del crimen". [284]

Con todo, en frente del normativismo que la Teoría del Dominio del Hecho representa, varios problemas se configuran a su frente, como, por ejemplo, la imposibilidad de dominio del hecho en los crímenes omisivos, lo que, en el caso, equivaldría a la afirmación de la incompatibilidad de términos conceptuales entre autoría (derivada del dominio del hecho) y omisión.

Asimismo, la tentativa, por ser la interrupción del nexo causal por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, puede, conforme el caso concreto, presentarse como ausencia de dominio finalista de la acción, por lo tanto, pudiendo revelar incompatibilidad con el concepto de autor según la teoría del dominio del hecho.

Además, considerando que existen varios autores del delito, todos con el mismo grado de responsabilidad penal por el acontecimiento, es de preguntarse ¿cómo puede ese dominio del hecho encontrarse fraccionado y desigualmente distribuido entre los mismos, de forma que no desfigure la unidad necesaria a la imputación penal, notoriamente por la práctica de actos diversos en el *iter criminis*?

En verdad, el puro dominio del hecho, como noción ontológica, no es capaz de dar respuesta satisfactoria a todas las cuestiones de imputación penal en el concurso de agentes. La imputación penal, dígase una vez más, no es resultado de la interpretación de datos pre-jurídicos o naturalistas, sino si la evaluación normativa de un acontecimiento social, por lo tanto, establecida sobre valores.

De esta forma, necesario se hace que, al lado del dominio del hecho, se establezcan criterios de evaluación normativa del acontecimiento, como la formación de la ***voluntad colectiva unitaria*** y la ***imputación penal solidaria*** que unen todos los intervinientes en el delito.

En este menester, para fines penales, los varios agentes que participan del acontecimiento delictivo no actúan autónomamente de modo de desfigurar la unidad de la acción, pero todos contribuyen para un único hecho, formando una voluntad colectiva unitaria y distribuyendo quehaceres o funciones para la consecución

[284] Jesus, Damásio Evangelista de. "Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas". San Pablo - SP: Saraiva. 2002. p.26.

del resultado. En este sentido es la lección del profesor GÜNTHER JAKOBS, *in verbis*:

Los intervinientes antes de la ejecución fijan el cuadro, o, cuando este es variable, al menos lo proponen, y los ejecutores lo completan, Lo que deriva de eso es la realización concreta del tipo, compuesta de cuadro y relleno, siendo el relleno del cuadro precisamente la ejecución que se ajusta al cuadro y que por eso es también ejecución de aquellos que crearon el cuadro. En este sentido, me permita el ejemplo, una representación de teatro es una representación de actores, pero también del director, del encargado del escenario, etc., esto es, la obra de un colectivo. [285]

Por lo tanto, el *concursus delinquentium* en la acción criminosa representa la creación de un ente colectivo, dotado de una voluntad que aglutina todos los autores individualmente (con sus voluntades y sus actos), de forma que estos se comportan como miembros u órganos de un ser colegiado. Así, mismo que el fraccionamiento de las funciones entre los autores del crimen promueva una desequilibrada actuación de los mismos para la producción del resultado, donde uno colabore más intensamente que el otro, todos concurren para la creación de un *ente colectivo criminoso*, que en esencia resulta de la consciencia de cooperación de los individuos para la formación de la acción común.

En este contexto, no importa si el agente practica acto ejecutorio o si, al contrario, es el mandante o jefe del grupo de criminosos que, efectivamente, no practica la ejecución. Todos son co-autores. Por lo tanto, la co-autoría en ese sentido, independientemente del movimiento corporal o no, se define por el *significado del comportamiento*, que es el incumplimiento del deber jurídico de no-agresión a los bienes jurídicos penalmente tutelados, a través de la concurrencia para la formación del ente colectivo criminoso, dotado de *voluntad conglobante* y responsable por la configuración jurídica de la acción unitaria.

De forma semejante, ese concurso para la formación de un ente colectivo criminoso, guardada la debida condición de la existencia de una personalidad jurídica del ente, es el fundamento de la corresponsabilidad penal de la persona jurídica, que finaliza por manifestar una voluntad propia, distinta de la voluntad de sus

[285] JAKOBS, Günther. "*Crítica à Teoria do Domínio ...*" p.21.

directores o administradores, aunque derivados de la sumatoria o síntesis de las voluntades individuales. En este sentido, en la lección de Gianpaolo Smanio, la persona jurídica criminosa desarrolla una ***acción institucional***, que "deriva de un fenómeno de interrelación, entre cada uno de los participantes y la propia institución, siendo resultado de una confluencia de factores que es independiente de la voluntad de sus miembros o directores o incluso socios." [286]

Por su turno, aquel ente colectivo dotado de voluntad y capacidad de ejecución unitaria, provoca la *imputación penal solidaria* entre todos los co-autores, de modo que entre estos, existirá la unidad de la imputación penal, pues todos responderán por el mismo crimen, independiente del movimiento corporal comisivo u omisivo, de la mayor o menor colaboración para la producción del resultado, desde que, evidentemente, iniciada la ejecución, haya concurrido conscientemente para la formación de la acción común.

Es por esta razón que el profesor Hungria asegura que "el crimen pertenece, por entero, a todos y a cada uno de los concurrentes", en frene de la teoría unitaria o monista del concurso de agentes (*concursus plurium ad idem delictum*). [287]

Tanto la formación de la voluntad colectiva unitaria como la solidaridad jurídico-penal en los casos de coautoría, surgen del *caput* del art. 29 del Código Penal brasileño, donde se puede verificar que: "quien, de cualquiera como, concurre para el crimen incide en las penas a este previstas, en la medida de su culpabilidad." [288]

Así, en sede de tipicidad, en los casos de co-autoría hay una sola acción delictiva, con una imputación penal unitaria para todos (todos responden por el mismo crimen), con todo, no implica en responsabilidad penal solidaria, pues habrá casos que presentarán una variación en el momento de la dosimetría de la pena en razón de los criterios subjetivos de verificación de la Culpabilidad conforme lo previsto en el Código Penal, y del Principio Constitucional de la Individualización de la Pena, inscrito en el art. 5º, XLVI de la Constitución Federal de 1988.

[286] Smanio, Gianpaolo Poggio. "Tutela Penal dos Interesses Difusos". San Pablo - SP: Atlas. 2000. p.123.

[287] Hungria, Nelson. Fragoso, Heleno. "Comentários ao Código Penal". Vol.01. tomo II. Río de Janeiro: Forense. 1978. p. 398.

[288] Brasil. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

Con todo, no se debe olvidar que la teoría del *concursus delinquentium* dice respecto al juicio de tipicidad y no a la culpabilidad, por cuanto la raíz de la cuestión reside en saber cuándo la conducta de un sujeto justifica la incidencia de la norma penal y de la imputación.

Mientras tanto, se debe consignar aún, como vértice de las divergencias doctrinarias en torno del tema, que hay una configuración jurídico-penal distinta para coautores y partícipes *stricto sensu*, y que, en este último caso, hay mayor dificultad para la verificación de la responsabilidad penal en frente de la tímida interferencia en la causalidad jurídico-delictiva (cuestión de tipicidad).

En efecto, considerando el paradigma científico penal naturalista, es imposible establecer una distinción entre coautores y partícipes, pues todos dan causa al resultado y se insieren equitativamente en la causalidad, en los términos de la teoría de la *condictio sine qua non*, pues en esta se equivalen las causas, concausas y condiciones.

Lo que hay de común entre la coautoría y la participación *stricto sensu*, es que para la acción del coautor o partícipe ser considerada típica es necesario que porte el *significado* de incumplimiento del deber jurídico de no agresión a los bienes jurídicos penalmente protegidos (desvalor o valoración negativa de la conducta).

Abre el propio Código Penal brasileño en el art.29, §2°, una diferencia marcada entre la coautoría y la participación, al consignar para esta última, una especie de imputación subjetiva comprobable conforme el delito menos grave al cual el concurrente 'quiso participar'. Según el análisis que DELMANTO hace del inciso en cuestión, "cada partícipe será punido por la ley, de acuerdo con su propia culpabilidad individual, independientemente de la culpabilidad de los demás". [289]

Esa posibilidad de imputación diferenciada para el partícipe que quiso participar de delito diverso menos grave, de hecho, se presenta como una excepción a la regla de la imputación monista adoptada por el código brasileño, y en esencia representa una postura derivada de la política criminal, destinada mucho más para el juicio de culpabilidad que de tipicidad. Esa acción del partícipe posee el significado de incumplimiento del deber jurídico de no

[289] DELMANTO, Celso. "Código Penal Comentado". Atualizado por Roberto Delmanto. 3ª ed. Río de Janeiro: Renovar. 1991. p.41

agresión a los bienes jurídicos penales, imputable conforme la voluntad del agente, que es quien, en el caso, da el significado a la acción.

De modo general, las estructuras jurídicas de la coautoría y de la participación, bajo la perspectiva de la valoración de la conducta delictiva como comportamiento portador del significado de incumplimiento del deber jurídico, se configura jurídicamente conforme el tipo del delito exija o no del autor el desempeño de un papel social especial o *status especial*, como enseña Jakobs. [290]

Determinados delitos no exigen del autor una calidad especial, o desempeño de un 'papel social específico', como, por ejemplo, el homicidio que puede ser practicado por cualquier persona indistintamente. Por lo tanto, derivan del incumplimiento de un deber jurídico general. Otros delitos, en sentido contrario, exigen del autor una calidad especial o 'status específico', como *verbi gratia*, los delitos funcionales que exigen del autor la calidad de funcionario público. Por lo tanto, derivan del incumplimiento de un deber jurídico específico (deber de probidad administrativa).

Tanto en un caso (incumplimiento de un deber jurídico general), como en otro (incumplimiento de un deber jurídico específico), autor (y coautor) es quien desobedece al deber jurídico directamente, esto es, con voluntad y consciencia acerca de la agresión, mediante la concurrencia para la formación de la voluntad y acción unitarias (formación del ente colectivo criminoso). Partícipe es quien incumple el deber jurídico indirectamente, o sea, no actúa como elemento esencial en la formación de la voluntad y acción unitarias, aunque actúe con adhesión al ente colectivo criminoso.

Siendo así, obsérvese que, en los casos en que el delito deriva del incumplimiento de un deber jurídico específico, al exigir una calidad especial del autor, como en los delitos funcionales que exigen del autor la calidad de funcionario público, solamente puede ser considerado autor del crimen el portador de ese *papel social*. Por lo tanto, todos los *extraneus* que concurrieran para el crimen (sujetos no portadores del papel social exigido por el tipo), son partícipes, aunque respondan por el mismo delito.

[290] Las nociones de papel general o "status general" y papel especial o "status especial" se encuentran aceptadas en el capítulo pretérito de esta obra denominado 'La Conducta Delictiva Cuántica'.

En los delitos funcionales, mismo que el tercero tenga, *in concreto*, el dominio del hecho, no podrá ser considerado autor del crimen. Por lo tanto, aunque todos (autores y partícipes) hayan practicado una acción portadora del *significado* de incumplimiento de deber jurídico, por ser este un deber específico, en el caso bajo examen, determina normativamente (elemento normativo constitutivo del tipo penal) la distinción entre la co-autoría y la participación *stricto sensu*, no obstante, todos respondan por la misma infracción (solidaridad en la imputación penal).

Es saludable recordar aún que, en los delitos omisivos impropios (también llamados de comisivos por omisión), en frente de la exigencia de la posición de *garante* del autor, su fundamento también exige la presencia de este *status especial*, pues quien no es garante, es partícipe, siendo esta configuración de capacidad jurídica el elemento normativo que caracteriza y distingue la autoría de la participación.

En resumen, en los delitos que exigen del autor, al ser el un portador de *papel social específico*, para efecto de determinación y distinción entre a coautoría y la participación, el dominio del hecho (en el sentido naturalista) sede lugar a aquel criterio normativo. Se trata de inequívoca adopción de la Teoría de la Imputación Objetiva.

Por su turno, en cuanto al *Status General* propuesto por JAKOBS como fundamento de la responsabilidad penal, conceptuado por el mismo como el "status mínimo que es posible imaginar", se encuentra *diffuso in omnis* por toda la sociedad, como piso vital mínimo de la convivencia social, y "su contenido consiste en tener que respetar al otro en su derecho y en ser respetado por el otro en su propio derecho." [291]

Las raíces filosóficas de esa concepción de *status general* como fundamento del derecho, ya fueron propuestas por IMMANUEL KANT, para quien "el derecho estricto puede también ser representado como la posibilidad de una obligación mutua, universal, conforme la libertad de todos según leyes generales"; HEGEL (*Grundlinier der Phiplosophie des Rechts*, § 3 : "El mandato jurídico es por lo tanto: ser una persona y respetar a los otros como persona"); y SAVIGNY

[291] JAKOBS, Günther. "Ação e Omissão no Direito Penal". Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri – SP: Manole. 2003. p.35.

(*Honeste vivere, Neminem laedere et Suum cuique tribuere*: vivir honestamente, no perjudicar a terceros y reconocer los derechos). [292]

En el *status general*, autores y partícipes responden por el mismo crimen, con todo, el fundamento que promueve la distinción entre los mismos no es el *papel especial* ejercido por aquellos, como un elemento normativo constitutivo del tipo penal. Además, para la configuración de esta cuestión, hay que distinguir los casos de delitos comisivos y omisivos.

La distinción entre autores y partícipes en los delitos comisivos que representan el incumplimiento de un *deber jurídico general*, se asienta en el dominio del hecho conjugado con la concurrencia del sujeto como elemento esencial para la formación de la voluntad unitaria del ente colectivo criminoso. Teniendo el sujeto, el dominio del hecho, bien como, la concurrencia para la formación de la voluntad unitaria, es el un autor o coautor.

En cuanto a los delitos omisivos propios que configuran el incumplimiento de un *deber jurídico general*, el dominio del hecho sede lugar a la noción de '*deber de actuar*'. El autor es quien tiene el deber de actuar, al paso en que el partícipe, no teniendo este deber de actuar (sino seria autor o coautor), induce, aconseja o instiga al autor para el incumplimiento del deber.

En sede de crímenes omisivos, teniendo en vista la causalidad normativa que los fundamenta, la autoría en los delitos omisivos propios deriva del incumplimiento de un deber jurídico general (*status general*), al paso en que, en los omisivos impropios, en razón de la presencia del *garante*, deriva del incumplimiento de un deber jurídico específico (*status específico*).

3.5. *El resultado delictivo cuántico*

El resultado del delito, como instancia del desarrollo de la Teoría del Crimen, ha sufrido hasta los días actuales gran influencia del naturalismo, razón de las divergencias doctrinarias en cuanto a su constitución y en cuanto a la posibilidad de la

[292] Lo que Kant llama de derecho estricto es el "derecho puramente exterior", no refiriéndose al derecho aplicable las situaciones específicas, sino al derecho distinto de las otras formas de control social, como, por ejemplo, la moral. (*in* Kant, Immanuel. "Doutrina do Direito". 2ª ed. Tradução de Edson Bini. San Pablo - SP: Ícone. 1993. p.47/48.) Quanto à citação de Hegel, *apud* Jakobs, Günther. "*Ação e Omissão no ...*". p.35.

verificación de crímenes que se perfeccionaron sin que transcurra de la acción respectiva, resultado alguno.

Se percibe en la amplia doctrina penalista que, el resultado delictivo formando parte de la teoría del tipo penal naturalista, fue siempre (o casi siempre) comprendido como la producción de un resultado mecánico, perceptible a los sentidos, aproximándose a su configuración mucho más de un evento físico o químico, que, de un hecho social jurídicamente evaluado, como suele ser la imputación penal.

Partiéndose del derecho penal naturalista, o tipo penal representa la previsión legal de un acontecimiento físico o químico, tanto en cuanto a la acción como en cuanto al resultado, restando, un paso posterior a la verificación de la tipicidad, a la evaluación normativa del hecho, mediante la formación del juicio de antijuridicidad de los polos del nexo de causalidad (acción y resultado). Para el Naturalismo, la tipicidad está más afecta a los físicos y químicos, al paso en que al científico del derecho cabe la evaluación de la ilicitud del hecho.

En ese contexto, actualmente vetusto y ultrapasado, el resultado delictivo es un hecho físico, evaluado normativamente apenas en el siguiente paso del examen de ilicitud, que sucede a la tipicidad. Por esta razón es que MUÑOZ CONDE entiende que a la ofensa al bien jurídico es "la esencia del juicio de antijuricidad", y no es un elemento de esencia de la tipicidad. [293]

Mientras tanto, de ahí deriva el problema de la confusión entre resultado del crimen y alteración material del mundo exterior provocada pela conducta, con todas sus consecuencias sistémicas, como la imputación penal de crímenes sin resultado, bien como la imputación del crimen tentado que, por su turno, representa a la propia inocurrencia del resultado naturalista previsto en ley.

Seguido ese sentido, clasifica la doctrina, esencialmente, como crímenes sin resultados, los delitos formales, los omisivos puros y los de mera conducta, por no producirse alteración material en el mundo circundante.

Al observarse que el hecho típico, sea bajo la óptica del Naturalismo o del Normativismo, es compuesto por la acción, nexo de causalidad y resultado, acarrea la ponderación según la cual, sin

[293] MUÑOZ CONDE, Francisco. BITENCOURT, Cesar Roberto. "Teoria Geral do Delito". San Pablo - SP: Saraiva. 2000. p.229.

que haya un resultado delictivo, no habrá hecho típico, a no ser que la tipicidad se reduzca a la acción, o que en esta, esté incluida el propio resultado, como en el pretérito se entendió, conforme el profesor ANÍBAL BRUNO al conceptuar los crímenes formales, *in verbis*:

Formales son aquellos en que ha de pretender destacar del comportamiento del sujeto un resultado a ser tomado en consideración por el derecho, lo que ocurre es que con la propia actividad se realiza el resultado, lo que había de ocurrir, ocurrió. (...) El resultado del daño o de peligro prescinde de ser obtenido. [294]

Además, sin resultado, quedaron desprovistos de significado el propio nexo de causalidad y el concepto causal de acción, cuyo sentido sería establecer el límite entre los polos del acontecimiento, restando la pura acción como esencia exclusiva del hecho típico. Como bien asienta JUÁREZ TAVARES, “el resultado, como parte integrante de la acción causal, debe estar contenido necesariamente en todos los delitos, pues el concepto causal de acción no puede reconocer crímenes sin resultado.” [295]

Sin resultado y, consecuentemente sin nexo de causalidad, la Teoría del Crimen es arbitraría al reprobar la mera acción del hombre. La imputación penal de un hecho sin resultado y conexión causal, atenta contra el Estado Democrático y Social de Derecho, pues pierde su primordial función de garantía de la libertad humana (*Status Dignitatis*). Y, dejando de ser garantista y libertario, el derecho penal será instrumento de dominación social (derecho penal máximo), como anteriormente él fue, en un pasado reciente de la historia (Nazifascismo).

La criminalización del mero comportamiento del hombre, sin que este sea ofensivo a los bienes jurídico-penales, abre camino para el repugnante ‘Derecho Penal do Autor’, donde se reprime el ente humano y no un hecho lesivo, o como saliente GUSTAV RADBRUCH, donde no se establece “una línea divisoria entre comportamiento anti-social y meras *formas anti-socias de vida*.” [296]

Se dirige con la misma arma contra la deshonestidad, la brutalidad, y contra la inconstancia, la franqueza; alcanza al

[294] BRUNO, Aníbal. “Derecho Penal: Parte Gral.”. Tomo II. Río de Janeiro: Forense. 1978. p.221/222.

[295] TAVARES, Juarez. “Teoria do Injusto Penal”. 2ª Ed. Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2002. p.131.

[296] RADBRUCH, Gustav. “Introducción à Ciencia del Derecho”. Traducción de Vera Barkow. São Paulo - SP: Martins Fontes. 1999. p.119.

vagabundo, al mendigo, a la prostituta, debido a la única de la pena con el alojamiento en casa de corrección, y multas a veces alcanza a veces con más severidad del que el ladrón, o estelionatário, el delincuente brutal. [297]

Manifestación de ese derecho penal del autor es la tipificación de la contravención de la 'vadiagem' (merodear), donde no se imputa un hecho ofensivo los bienes jurídico-penal, más sin un medio deficitario de ser llevar la vida, donde la única víctima y el propio agente que, eventualmente, no se muestra apto para la competición desenfrenada del darwinismo social. [298]

El derecho penal del autor es una afronta al Principio Constitucional de la Dignidad de la Persona Humana.

El juicio de tipicidad, como ya defendido en otra parte de esta pesquisa, es la valoración normativa de una conducta socialmente ofensiva del hombre, pues, para que el hecho reciba la calificación de la tipicidad, en un primer plano, es necesario que sea además contrario a los intereses sociales tutelados por la norma penal (bienes jurídico-penales). El ser típico es el ser, primordialmente, una actuación antisocial.

Pela lectura del *caput* del art. 13 do Código Penal brasileiro, se resumen la necesidad de resultado delictivo para que el hecho sea típico, impone se la su condición de elemento indispensable la idea de crimen, mismo que no produzca alteración material (física o química) en el mundo exterior. Dice la ley:

Relación de Causalidad

Art. 13. El resultado, de que depende la existencia del crimen, solamente es imputable el que le dio causa. Considerase causa la acción u omisión sin la cual el resultado no hubiera ocurrido. [299]

Así mismo, ante la necesidad del resultado, "de que depende la existencia del crimen", no hay delito sin resultado, imponerse acertadamente, a la concepción normativa de resultado, mismo que no represente o promueva una alteración material en el

[297] *Ídem, ibidem.*

[298] Decreto-Ley n°3.688/41 (Ley las Contravenciones Penales). Vadiagem. art.59. "Entregarse alguien habitualmente a la ociosidad, siendo válido para el trabajo, sin tener en cuenta que le asegure medios bastantes de subsistencia, el proveer la propia subsistencia mediante ocupación ilícita: Pena - prisiones simples, de 15 (quince) días a 3 (tres) meses."

[299] BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra colectiva de autoría da Editora Saraiva. San Pablo - SP: Saraiva. 2002.

mundo, más que porte un *significado* capaz de fundamentar a todas las hipótesis típicas, indistintamente.

Equivocadamente, la doctrina tiene visto en el *caput* del art. 13 arriba transcrito, una referencia al resultado naturalista que algunos delitos poseen, bien como la predicción legal de los delitos sin resultado. Esa comprensión sigue de una lectura distorsiva del dispositivo, pues donde existe, "El resultado, de que depende la existencia del crimen, ...", és comprendido como "El resultado, de cuando depende la existencia del crimen, ...". Una lectura objetiva de la ley deja claro que el dispositivo en cuestión es imperativo, o sea, que el resultado es esencial para que exista el crimen, y no que el resultado sea facultativo, según las leyes de la Física o de la Química.

El resultado, es el que da *significado* al hecho social para que pueda ser jurídicamente calificado como típico. El significado del incumplimiento de un deber jurídico de no agresión que porta la acción, aunque esencial, solamente se completa perfectamente ante el derecho penal, para dar sentido jurídico-penal al hecho si, luego de la verificación de la conducta, se sigue un resultado (*nullum crimen sine injuria*).

De esta forma, es posible conceptuar el resultado delictivo como la lesión o peligro concreto de daño decurrente de la acción criadora del risco prohibido y relevante para el bien jurídico-penal, dentro del alcance del tipo. [300]

Asimismo, solamente hay crimen cuando el sujeto desenvuelve una conducta social reprobable, criadora del risco prohibido para los bienes jurídicos tutelados por la norma penal, de forma que, por lo menos o peligro de daño sea concreto, idóneo a la producción de un gravamen relevante, frente al Principio de la Ofensividad (*nullum crimen sine injuria*). Solamente un derecho penal basado en Ofensividad es capaz de reprimir el crimen y, concomitante, realizar la Dignidad de la Persona Humana, rechazando el derecho penal del autor y de las intenciones, como quieren los subjetivistas. En ese sentido, como verdadera lección de Derecho Penal-Constitucional, asienta GIANPAOLO SMANIO que "el único modelo de crimen compatible con la Constitución es aquella

[300] Cuanto al criterio del alcance del tipo, vejase el capítulo titulado "El Nexo de la Causalidad Penal Cuántico", en esta misma obra.

estructura como ofensa a los bienes jurídicos, ya sea en la forma de lesión o de colocación en peligro.” [301]

Debe ser acreditado a LUIZ FLÁVIO GOMES el más elaborado trabajo en la doctrina brasileña acerca del Principio de la Ofensividad, donde expone la su “máxima expresión garantista y material (*únicamente el hecho ofensivo – lesivo o concretamente peligroso – a un bien jurídico importante puede ser objeto de criminalización y de sanción penal*), (...)”. [302]

Tratase de la verificación de que el crimen transcurre no solamente en la valoración negativa de la acción, mas también, en la valoración negativa del resultado que, surge de una conducta arriesgada y prohibida, que debe ser grave o potencialmente grave (*idoneidad lesiva*), dirigida al bien jurídico tutelado en los límites del alcance del tipo penal.

Como irrevocablemente asienta el profesor FLÁVIO GOMES, el Principio de la Ofensividad posee doble función en el sistema jurídico-penal, ambas limitando el odioso “derecho penal máximo”, siendo que una de ellas está votada para estancar la ‘inflación legislativa criminal’ (exceso de leyes penales), en cuanto la otra encontrase votada para la validación normativa del hecho típico, controlando la incidencia de la norma penal sobre el soporte fático, *in verbis*:

La primera función del principio de la ofensividad constituye un límite al derecho de punir del Estado (al *jus puniendi*). Está dirigida al legislador. La segunda configura un límite al derecho penal (la *jus poenale*). Está dirigida al intérprete y al Juez (al aplicador de la ley penal). De cualquier modo, impone se enfatizar que no son las funciones estanques (e incomunicables). Al contrario, son complementarias. Tanto así que, cuando el legislador no cumple su papel de criminalizar la conducta en términos ofensivos a un bien jurídico, esa tarea se transfiere (improrrogablemente) al intérprete y al juez. [303]

Siguiendo estos pasos, el resultado delictivo se configura en consonancia con la evaluación normativa del tipo penal, habiendo armonía entre la Ofensividad, la Subsidiariedad, la

[301] SMANIO, Gianpaolo Poggio. “Tutela Penal de los Intereses Difusos”. San Pablo - SP: Atlas. 2000. p.84.

[302] GOMES, Luis Flavio. “Principio de la Ofensividad en Derecho Penal”. Ssn Pablo - SP: RT. 2002. p.14.

[303] GOMES, Luiz Flávio. “*Principio de la Ofensividade ...*”. p. 28.

Fragmentariedad y la Teoría del Bien Jurídico-Penal. Ese conjunto teórico-normativo es el mismo substrato de apoyo al ya diseminado en la doctrina nacional, Principio de la Insignificancia del Resultado, como más un desdoblamiento de la tipicidad normativa.

El Principio de la Insignificancia establece como causa de atipicidad del hecho, la circunstancia en cual la conducta provoca un resultado, que, aunque típico-naturalista, no posee relevancia o idoneidad para justificar o legitimar la incidencia de la norma penal incriminadora, de modo que, su tipicidad es valorada normativamente, en detrimento de la alteración del mundo exterior. En este míster, *verbi gratia*, la sustracción de paquete de galletitas en supermercado no legitima la incidencia de la norma penal incriminadora, notablemente frente a la insignificancia de la lesión al patrimonio provocada por el acto, aunque no aleje eventual incidencia de normas extrapenal.

Esa insignificancia del resultado de la acción se infiere dentro del alcance del tipo penal, observándose, si él efectivamente practicado representa un gravamen relevante para el bien jurídico protegido. En consonancia con el que expone CEZAR BITENCOURT, la insignificancia debe ser dimensionada en relación al grado de intensidad de la lección o del riesgo creado al bien jurídico tutelado por la ley. [304]

Asimismo, cuando la lesión ínfima posee significancia, o sea, asimismo cuando legitima el juicio de tipicidad, imponese todavía la observancia de la proporcionalidad de la pena en relación al gravamen provocado, exigiendo la *juris prudentiam* para la sanción penal *in concreto*.

Innegablemente, tanto los Principios de la Ofensividad, de la Fragmentariedad, bien como el de la Insignificancia, derivan de la teoría del bien jurídico-penal y de la concepción material del delito. El crimen no es, esencialmente, un atestado de peligrosidad o de mal genio del sujeto, ni un retrato de desobediencia a los comandos estatales, es en verdad un hecho que atenta relevantemente contra los bienes indispensables de la convivencia social.

El pensamiento jurídico moderno reconoce que el alcance inmediato y primordial del derecho penal radica en protección de bienes jurídicos –esenciales al individuo y la sociedad–, guiadas

[304] BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoria Geral do Delito". São Paulo - SP: Saraiva. 2000. p.164.

por los principios fundamentales de la personalidad y de la individualización de la pena; de la humanidad; de la insignificancia; de la culpabilidad; de la intervención penal legalizada; de la intervención mínima y de la fragmentariedad. [305]

No todos los bienes jurídicos de la Sociedad son bienes jurídico-penales, por lo tanto, ha de constituirse de relevancia y indisponibilidad para tal finalidad, para recibir la protección del derecho penal. Con todo, al ser admitidos como valores sociales indispensables, es de reconocerse que su génesis está en la Sociedad y no en el deseo del Estatal que resuelve crearlo. En verdad la ley penal protege el que ya está socialmente conformando.

La noción de bien jurídico-penal resulta de la aplicación del método de comunicación de los sistemas, encuentro del sistema penal con el sociológico directamente, por vía oblicua, a través de la supremacía de la fuerza normativa constitucional que, como carta política, capta de la sociedad sus valores y los impone al mundo jurídico-penal. No resulta exclusivamente del deseo legislativo ordinario, como también no es el producto de la movilidad inconsciente de la Sociedad, forjada por los medios de los procesos de socialización estereotipados según los intereses restrictos o fluctuantes.

El bien jurídico, no debe confundirse con los objetos materiales que le dan efectividad diaria, ellos son sus valores sociales estructurantes como la vida, la propiedad, la honra, etc...., con todo no se sustentan en una región psicológica del hombre o de la sociedad, son valores que se concretizan como relaciones sociales, como signos constitutivos de la bilateralidad de las relaciones humanas. El respeto a la vida se impone entre los hombres que se relacionan en la sociedad, no como algo *per sí*. De la misma forma la propiedad, cuya relación jurídica se establece entre el propietario y la sociedad como un todo, notadamente frente a la función social cobrada constitucionalmente, siendo la *res* apenas el objeto material de la relación social propietaria (bien jurídico) defendida por el derecho.

Cuando el bien jurídico-penal cumple su función sistemática dentro del derecho penal, como, por ejemplo, cuando establece en el código un capítulo para la defensa de la vida, los diferentes tipos de sanciones dentro de ese capítulo concretan la protección del bien jurídico-penal en lo que respecta a las relaciones sociales

[305] PRADO, Luiz Regis. "Bien Jurídico-Penal y Constitución". 2ª ed. San Pablo - SP: RT. 1997. p.54.

específicas. Materialmente, el crimen es una relación social dañina, es una conexión bilateral que ataca el valor socialmente indispensable, donde hay una acción que crea el riesgo prohibido de daños al bien. Como aleccionó Wessels, "el punto de partida y el fundamento de la capacitación del tipo es el bien jurídico a ser protegido", evidentemente concretado en la relación social prevista en abstracto por el tipo. [306]

Esa es la irrevocable lección del profesor Luiz Flávio Gomes: “lo que está por detrás del tipo penal (de la ley penal) es la norma y el que está dentro de la norma es una relación social valorada positivamente (esto es, bien jurídico).” [307]

Como la Ofensividad exige la creación de un peligro concreto o daño al bien jurídico-penal para la formación del juicio de tipicidad de la conducta punible, implica unas vedaciones de las presunciones legales absolutas de violencia, bien como la descriminalización de las conductas ya previstas en la ley, más que se conforman típicamente apenas con la creación de un riesgo abstracto o hipotético, y sobre todo, lo que viene del riesgo permitido, por lo socialmente adecuado y estructuralmente concebido como un sacrificio necesario de bienes jurídicos.

La imputación penal se completa y toma sentido con la imputación de la conducta (acción portadora del *significado* de incumplimiento del deber jurídico de no agresión y creadora del riesgo prohibido) y con la imputación del resultado (peligro concreto o daño, ambos con relevante ofensividad a los bienes jurídico-penales).

[306] Wessels, Johannes. “Derecho Penal: parte Gral.”. Traducción de Juarez Tavares. Puerto Alegre - RS: Sérgio A. Fabris Editor. 1976. p.25.

[307] Gomes, Luiz Flávio. “Norma y Bien Jurídico en Derecho Penal”. San Pablo - SP: RT. 2002. p.135.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique. "Técnica de Resolución de Casos Penales". Buenos Aires - Argentina: Hammurabi. 1990.

BACON, Francis. "Novum Organum". Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1999.

BATTAGLINI, Giulio. "A Interrupção do Nexo Causal". Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2003.

BECCARIA, Cesare. "Dos Delitos e Das Penas". Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro - RJ: Ediouro. 1994.

BETIOL, Giuseppe. "O Problema Penal". Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2003.

_____. "Direito Penal". vol. II. Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo - SP: RT. 1971.

BHAGAVAD GITA. "A Mensagem do Mestre". Tradução de Francisco Valdomiro Lorenz. São Paulo: Pensamento. 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoria Geral do Delito". São Paulo - SP: Saraiva. 2000.

BONAVIDES, Paulo. "Curso de Direito Constitucional". 11ª ed. São Paulo - SP: Malheiros. 2001.

BRASIL. Código Penal. 17ª ed. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo - SP: Saraiva. 2002.

BRUNO, Aníbal. "Direito Penal: Parte Geral". Tomo I. Rio de Janeiro: Forense.

_____. "Direito Penal: Parte Geral". Tomo II. Rio de Janeiro: Forense.

CALLEGARI, André Luís. "Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de direito penal". Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado. 2001.

CAPEZ, Fernando. "Curso de Direito Penal: Parte Geral". 2ªed. São Paulo - SP: Saraiva. 2001.

CAPRA, Fritjof. “O Tao da Física: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental”. São Paulo: Cultrix. 1992.

CARNELUTTI, Francesco. “Metodologia do Direito”. Tradução de Frederico A. Paschoal. Campinas - SP: Bookseller. 2002.

CARRARA, Francesco. “Programa do Curso de Direito Criminal”. Parte Geral. Vol I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN. 2002.

CHAUÍ, Marilena. “Primeira Filosofia: noções introdutórias”. São Paulo: Brasiliense. 1984.

_____. “Convite à Filosofia”. 4ª Ed. São Paulo: Editora Ática. 1995.

COSTA, Cristina. “Sociologia: introdução à ciência da sociedade”. 2ª ed. São Paulo - SP: Moderna. 2001.

D’ÁVILA. Fábio Roberto. “Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva”. São Paulo - SP: RT. 2001.

DELMANTO, Celso. “Código Penal Comentado”. Atualizado por Roberto Delmanto. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1991.

ENGISCH, Karl. “Introdução ao Pensamento Jurídico”. 8ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa - Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. “Teoria da Imputação Objetiva”. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri - SP: Manole. 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. “A Reação Defensiva à Imputação”. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

FERRI, Enrico. “Princípios de Direito Criminal”. 2ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas - SP: Bookseller. 1999.

FEU ROSA, Antonio José Miguel. “Causalismo e Finalismo em Direito Penal”. 1ª Ed. Brasília - DF: Editora Consulex. 1993.

FILHO, Ney de Barros Bello. “Sistema Constitucional Aberto”. Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Lições de Direito Penal: a nova parte geral”. 10ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Forense. 1986.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P.. “Razão e Sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno”. São Paulo - SP: Juarez de Oliveira. 2001.

GADAMER, Hans-Georg. “Verdade e Método”. 4ª ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolos - RJ: Vozes. 2002.

GALILEI, Galileu. “O Ensaiador”. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999.

GALVÃO, Fernando. “Política Criminal”. Belo Horizonte - MG: Mandamentos. 2000.

GARCIA, Basileu. “Instituições de Direito Penal”. vol. I. tomo I. São Paulo - SP: Max Limonad. 1976.

GARRAUD, René. “Compêndio de Direito Criminal”. Vol.01. tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas - SP: LZN editora. 2003.

GLEICK, James. “Caos: o nascimento de uma nova ciência”. Rio de Janeiro - RJ: Campus. 1989.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. 4ª ed. Coimbra - Portugal: Almedina. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. “Norma e Bem Jurídico no Direito Penal”. São Paulo - SP: Revista dos Tribunais. 2002.

_____. “Princípio da Ofensividade no Direito Penal”. São Paulo - SP: Revista dos Tribunais. 2002.

_____. BIANCHINI, Alice. “O Direito Penal na Era da Globalização”. São Paulo - SP: RT. 2002.

_____. “Erro de Tipo e Erro de Proibição”. 5ª ed. São Paulo - SP: RT. 2001.

GRAU, Eros Roberto. “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”. 6ª ed. São Paulo - SP: Malheiros. 2001.

_____. “O Direito Posto e o Direito Pressuposto.” 3ª ed. São Paulo - SP: Malheiros. 2000.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. “Filosofia do Direito”. 1ª ed. Rio de Janeiro : Forense. 1985.

HAWKING, Stephen. “O Universo Numa Casca de Noz”. Tradução de Ivo Korytowski. 4ª ed. São Paulo - SP: ARX. 2001.

HEIDEGGER, Martin. “Conferências e Escritos Filosóficos.” Coleção “Os Pensadores”. São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999.

HEISENBERG, Werner. “Física e Filosofia”. Série Métis. 4ª ed. Tradução de Jorge Leal Ferreira. Brasília - DF: Editora Universidade de Brasília. 1999.

HERÁCLITO DE ÉFESO. “Pré-socráticos: Fragmentos, Doxografia e Comentários.” Coleção “Os Pensadores”. São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999.

HESSE, Konrad. “A Força Normativa da Constituição”. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

HUME, David. “Ensaios Morais, Políticos e Literários”. Col. Os Pensadores. Tradução de João Paulo Gomes Monteiro e Armando Mora D’Oliveira. São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno. "Comentários ao Código Penal". Vol.01. tomo II. Rio de Janeiro: Forense. 1978.

JAKOBS, Günther. "Ação e Omissão no Direito Penal". Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri - SP: Manole. 2003.

_____. "A Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução de André Luís Callegari. São Paulo - SP: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. "Crítica à Teoria do Domínio do Fato" Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri - SP: Manole. 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. "Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas". São Paulo - SP: Saraiva. 2002.

_____. "Imputação Objetiva". São Paulo - SP: Saraiva. 2000.

_____. "Só Os Pobres Vão Sujar Os Dedos". Síntese Jornal. Ano 04. n°48. Porto Alegre-RS: Síntese Editora. Fevereiro/2001.

_____. "Direito Penal". Vol I - Parte Geral. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

JÚNIOR, Caio Prado. "O Que é Filosofia". Col. Primeiros Passos. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1990.

KANT, Immanuel. "Doutrina do Direito". 2ª ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo - SP: Ícone. 1993.

KARAM, Maria Lúcia. "De Crimes, Penas e Fantasias". 2ª ed. Niterói - RJ: Luam. 1993.

KELSEN, Hans. "Teoria Pura do Direito". Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

LAO TSÉ. "Tao Te King". Tradução de Margit Martincic. Texto e Comentário de Richard Wilhelm. São Paulo: Pensamento. 1995.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. "Novos Ensaios Sobre o Entendimento Humano". Tradução de João Luiz Baraúna. Col. Os Pensadores. São Paulo - SP: Nova Cultural. 1988.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. "Princípios Políticos do Direito Penal". 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. "Direito Penal". Vol.01. Atualização de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva. 2000.

MAMAN, Jeannette Antonios. "Fenomenologia Existencial do Direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro."2ª ed. São Paulo - SP: Quartier Latin. 2003.

MARQUES, José Frederico. "Tratado de Direito Penal". Vol.II. 1ª ed. revista e ampliada por Antonio C. Mariz de Oliveira, Guilherme de S. Nucci e Sérgio Eduardo M. de Alvarenga. Campinas - SP: Bookseller. 1997.

Marx, Karl. "Para a Crítica da Economia Política". Coleção "Os Pensadores". São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999.

Merleau-Ponty, Maurice. "O Visível e o Invisível". 4ª ed. Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. São Paulo: Perspectiva. 2003.

Mirabete, Júlio Fabbrini. "Manual de Direito Penal". Parte Geral. São Paulo: Atlas. 2001.

_____. "Manual de Direito Penal". Parte Especial.vol.02. São Paulo: Atlas. 2001.

Nietzsche, Friedrich. "Obras Incompletas: Humano, Demasiado Humano". 5ª ed. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural. 1983.

Nunes, Rizzatto. "O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência". São Paulo - SP: Saraiva. 2002.

Oliva, Alberto. "Filosofia da Ciência". Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003.

Ordeig, Enrique Gimbernat. "Conceito e Método da Ciência do Direito Penal". Tradução de José Carlos Gobbis Pagluica. São Paulo - SP: RT. 2002.

Pascal, Blaise. "Pensamentos". Coleção "Os Pensadores". São Paulo - SP: Nova Cultural. 1999.

Pereira, Rodolfo Viana. "Hermenêutica Filosófica e Constitucional". Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2001.

Perelman, Chaïm. "Ética e Direito". Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo - SP: Martins Fontes. 1999.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. "Sistema de Ciência Positiva do Direito". tomo I. atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas - SP: Bookseller. 2000.

_____. "Sistema de Ciência Positiva do Direito". Tomo II. 1ª ed. Atualização de Vilson Rodrigues Alves. Campinas - SP: Bookseller. 2000.

_____. "Introdução à Sociologia Geral". 2ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Forense. 1980.

Pierangeli, José Henrique. "Códigos Penais do Brasil - evolução histórica". 2ª ed. São Paulo - SP: RT. 2001.

Prado, Luiz Regis. "Bem Jurídico-Penal e Constituição". 2ª ed. São Paulo - SP: RT. 1997.

Radbruch, Gustav. "Introdução à Ciência do Direito". Tradução de Vera Barkow. São Paulo - SP: Martins Fontes. 1999.

RAMOS, Enrique Peñaranda. GONZÁLEZ, Carlos Suárez. MELIÁ, Manuel Cancio. "Um Novo Sistema do Direito Penal". tradução de André Luís callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri - SP: Manole. 2003.

REZENDE, Antonio (Org.). "Curso de Filosofia". 5ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1992.

ROXIN, Claus. "Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal". Tradução e introdução de Luís Greco. Rio de Janeiro - RJ: Renovar. 2002.

_____. "Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro - RJ: Renovar. 2002.

_____. "Problemas Fundamentais de Direito Penal". 3ª ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa - Portugal: Vega. 1998.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. "A Expansão do Direito Penal". Tradução da 2ª edição espanhola por Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). "Biodireito: Ciência da Vida, os Novos Desafios". São Paulo - SP: Revista dos Tribunais. 2001.

SANTOS, Milton. "Por Uma Outra Globalização: do pensamento único à consciência universal". 6ª ed. Rio de Janeiro - RJ: Record. 2001.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. "Tutela Penal dos Interesses Difusos". São Paulo - SP: Atlas. 2000.

SOARES, Orlando. "Criminologia". Rio de Janeiro - RJ: Feitas Bastos. 1986.

STUART MILL, John. "Sistema de Lógica". Tradução de João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1979.

TAVARES, Juarez. "Teoria do Injusto Penal". 2ª Ed. Belo Horizonte - MG: Del Rey. 2002.

VILANOVA, Lourival. "Causalidade e Relação no Direito". 4ª ed. São Paulo - SP: RT. 2000.

WACQUANT, Loïc. "As Prisões da Miséria". Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001.

WELZEL, Hans. "O Novo Sistema Jurídico-Penal". Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

_____. "Direito Penal". 2ª tiragem. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas - SP: Romana. 2004.

WESSELS, Johannes. “Direito Penal: parte geral”. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre - RS: Sérgio A. Fabris Editor.1976.
WHITEHEAD, Alfred North. “O Conceito de Natureza”. 1ª edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes. 1994.
WOLKMER, Antonio Carlos. “Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico”. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. “Da Tentativa: doutrina e jurisprudência”. 6ª ed. São Paulo - SP: RT. 2000.
ZAGO, José Antonio. “Colhendo Incertezas nos Campos do Saber”. Disponível em: <http://www.psicologia.ogr.br/internacional/pscl.htm. Acesso em: 20 ago. 2003.

Compuesto, armado, impreso y encuadernado,
en los talleres de LAJOUANE S.A.,
México 1448 C1097ABD Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Julio de 2021

Los fundamentos generales sobre los cuales el autor desarrolla el argumento del trabajo se basan en posiciones interdisciplinarias filosóficas y científicas a través de la epistemología general, principalmente en relación con las posibilidades de superar el 'Paradigma Epistemológico de la Modernidad' formulado por la Ilustración basada en las ciencias naturales, y que se proyecta en las ciencias humanas, entre ellas la Ciencia del Derecho Penal. La Ciencia Física, en el curso de la historia del conocimiento humano, tenía la capacidad de formar paradigmas epistemológicos que influyeron en la construcción de las ciencias más diversas, incluidas las humanidades. Prueba de ello es el concepto de *causalidad* que, gestado en Física, se transfirió a la Teoría del Delito en la Ciencia del Derecho Penal. A partir de la Teoría de la Relatividad (EINSTEIN) y el Principio de Incertidumbre (HEISENBERG), surgió un nuevo paradigma que, aplicado a la Ciencia del Derecho Penal, dió lugar a la Teoría de la imputación objetiva, un hito del derecho penal posmoderno. Esta investigación busca establecer el vínculo epistemológico entre estas diversas ciencias.



LAJOUANE®

